UNIVERSITÉ DE STRASBOURG — FACULTÉ DE DROIT

ÉVOLUTION

DE LA

RESTITUTION DES MAJEURS

EN DROIT PRIVÉ ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 18 décembre 1920

PAR

Louis CHARVET

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

JURY DE LA THÈSE

Président : M. DUQUESNE, *professeur*

Suffragants { M. DEBRAY, *professeur*
M. CHAMPEAUX, *professeur*

GRENOBLE
IMPRIMERIE JOSEPH BARATIER
24, avenue Alsace-Lorraine

1920

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG — FACULTÉ DE DROIT

ÉVOLUTION

DE LA

RESTITUTION DES MAJEURS

EN DROIT PRIVÉ ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 18 décembre 1920

PAR

Louis CHARVET

JURY DE LA THÈSE

Président : M. DUQUESNE, *professeur*

Suffragants { M. DEBRAY, *professeur*
M. CHAMPEAUX, *professeur*

GRENOBLE

IMPRIMERIE JOSEPH BARATIER

24, avenue Alsace-Lorraine

1920

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548023_0052

ÉVOLUTION

DE LA

RESTITUTION DES MAJEURS

EN DROIT PRIVÉ ROMAIN

CHAPITRE PREMIER

Notions générales sur l' « in integrum restitutio ».

Lorsque, sous la République, la puissance romaine s'accroît et se transforme, ses institutions juridiques ont besoin de modifications pour faire face aux nécessités nouvelles. Cette adaptation est, en partie, l'œuvre du préteur. Jouissant, dès l'origine, d'une liberté relative dans l'exercice de ses fonctions, ce magistrat élargit de sa propre initiative le domaine de son activité. Il entreprend de mieux assurer l'administration de la justice, en complétant le droit en vigueur à mesure que son application révèle des lacunes (1).

(1) V. Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, 1901, p. 161 et s. et 201 et s.

Pour réaliser ses projets, il agit, s'il le faut, en dehors de sa juridiction, et ne craint pas de réputer non avenus des actes juridiques régulièrement passés. L'*in integrum restitutio* est au nombre des institutions qu'il utilise pour atteindre ce résultat. Par cette procédure, un magistrat, revêtu de l'*imperium*, opère la rescision d'un effet juridique valable qui cause un préjudice injuste.

Qualifiée par Ulpien d'*auxilium extraordinarium*, cette mesure entraîne des conséquences plus graves que les moyens ordinaires de procédure. Mais son trait caractéristique se trouve dans les règles mêmes de son fonctionnement. Tandis que les actions ou les exceptions sont, en général, données de plein droit à toutes les parties qui remplissent les conditions voulues pour en bénéficier, l'*i. i. r.* (1) reste toujours subordonnée à la décision du préteur, rendue dans chaque cas concret après un examen spécial de l'affaire ou *cognitio causæ* (2).

Avant d'accorder ou de refuser cette protection particulière, le magistrat pèse l'opportunité de la demande et, s'il entend lui donner une suite favorable, recherche le procédé le mieux approprié à la situation. Il résout ces deux problèmes sans être astreint à l'observation de prescriptions rigoureuses ; mis en présence d'un dommage dont la victime désire la réparation, il se prononce dans le sens conforme à sa propre conception de l'équité.

Quant à l'opportunité de l'*i. i. r.*, l'édit, la jurisprudence et

---

(1) Nous nous servirons désormais de ces trois lettres pour désigner l'*in integrum restitutio*. Nous utilisons en outre, dans les notes, les abréviations employées par M. Girard dans son *Manuel élémentaire de droit romain*[6], 1918, et dont l'explication se trouve dans la bibliographie générale p. XIII et s.

(2) *D.* IV. IV. 24. 5. (Paul *l. 1 Sent.*) : *totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione*. C'est à dessein que nous rapprochons de la *cognitio causæ* l'expression *auxilium extraordinarium;* nous le faisons à l'imitation d'Ulpien. (*D.* IV. IV. 16. *pr.* Ulpien *l. 11 ad ed.)* pour montrer que l'existence d'un moyen de protection autre que l'*i. i. r.* n'exclut pas obligatoirement et sans examen préalable, notre voie de recours, comme on paraît souvent tenté de le croire.

la doctrine ont assurément, avec le temps, dégagé certaines règles que les romanistes semblent parfois élever à la hauteur de lois rigides; elles servent en réalité plutôt de guides que d'entraves. Ainsi les causes d'*i. i. r.* sont énumérées dans les commentaires de l'édit (1); cependant les sources contiennent maintes applications de notre institution qui ne paraissent pas avoir soulevé de difficultés et ne peuvent, qu'avec peine ou pas du tout, être rattachées à l'une de ces causes. Ainsi le délai fixé pour réclamer l'*i. i. r.* est, en principe, d'une année utile (2); cependant cette courte prescription est allongée dans un cas au moins, peut-être dans plusieurs. Ainsi l'*i. i. r.* est donnée généralement en l'absence d'autres voies de recours ; cependant elle figure, dans quelques circonstances, à côté d'autres moyens de procédure offerts au choix des parties.

Dans la détermination du remède destiné à faire produire à cette mesure son efficacité, la liberté du préteur n'est pas moins grande; elle n'a même d'autres limites que le souci de procurer entière satisfaction au demandeur par la méthode la plus simple et la plus rapide. Nous voyons dès lors l'*i. i. r.* s'accomplir sous des formes variées : tantôt ses effets sont assurés par une simple *cognitio prætoria*, tantôt le rétablissement ou le refus d'une action ou d'une exception s'impose, ailleurs la seule rescision de l'acte juridique suffit, parfois même la rescision n'est que relative (3).

Cette esquisse fait assez ressortir la vraie physionomie de notre institution, pour qu'il soit utile d'insister sur le rôle primordial du magistrat dans toutes les applications de cette procédure. Le pouvoir quasi discrétionnaire, dont jouit celui

---

(1) *D.* IV. I. 1 (Ulpien *l. 11 ad ed.)* et 2 (Paul *l. 1 Sent.);* v. aussi Paul, *Sent.* I. 7. 2.

(2) *D.* IV. IV. 19. (Ulpien *l. 13 ad ed.)* et IV. VI. 1. 1. (Ulpien *l. 12 ad. ed.).* A partir de Constantin, cette règle subit des modifications, v. Girard, *Manuel*[6], p. 1081, n. 4.

(3) V. les exemples de ces divers procédés dans *D.* IV. IV. 13. 1. (Ulpien *l. 11 ad ed.)* 27. 1 (Gaius *l. 4 ad ed. prov.)* 29. 1. (Modestin *l. 2 resp.)* *D.* XII. II. 9. 4. (Ulpien *l. 22 ad ed.);* sur cette question v. Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, II, 1865, p. 755.

qui a pour mission d'accepter ou de rejeter les demandes d'*i. i. r.*, est à coup sûr une particularité distinctive.

Quelque lumière qu'elle projette sur l'ensemble du domaine dont nous nous occupons, cette idée ne permet pas d'éclaircir toutes les questions soulevées par l'étude de l'*i. i. r.* Elle dépeint d'un trait l'aspect sous lequel apparaît cette mesure au milieu des autres voies de recours ; elle met incomplètement en relief sa fonction spéciale par rapport à ces autres moyens de procédure.

Pour découvrir le réel usage de notre institution dans la pratique romaine, il faudrait posséder certaines données qui nous manquent à peu près totalement. L'obscurité règne sur les circonstances qui motivèrent son apparition. Si haut que nous puissions remonter, nous ne trouvons aucune allusion à son origine ; les premiers documents, où sont consignées les expressions techniques prouvant son existence, en parlent comme d'une procédure connue dont l'emploi n'a rien de nouveau ni d'exceptionnel.

En outre, les écrits des jurisconsultes classiques, où l'on puise les plus amples renseignements sur notre voie de recours, ont été fréquemment remaniés par les rédacteurs du Digeste et laissent souvent planer une incertitude sur des points importants. Ces modifications, à la vérité, ne sont pas surprenantes, car les compilateurs avaient l'occasion de confondre l'*i. i. r.* avec d'autres mesures prétoriennes tendant au même but, aboutissant quelquefois au même résultat.

Le concours de notre institution avec une action reste d'ailleurs pour nous aussi une pierre d'achoppement. Il est anormal de voir le magistrat mettre à la disposition des intéressés deux secours qui, malgré leurs différences, ont de nombreuses analogies. Leur comparaison rend palpable leur mission commune à tant d'égards; d'un autre côté, elle fournit des indices susceptibles de dévoiler leur fonction respective. De la sorte, ce rapprochement contient le germe en même temps d'une discussion encore ouverte de nos jours et d'une solution précisant le rôle propre de l'*i. i. r.*

En fait, les auteurs modernes ont d'ordinaire fondé leur opinion sur une étude presque exclusive de la *metus* et du

dol, qui donnent lieu simultanément à l'action *metus* ou *de dolo* comme à l'*i. i. r.* Mais les résultats de leurs observations, bien loin de concorder en tout ou en partie, ont fait naître des systèmes divergents. D'après l'un, jadis préconisé par Burchardi (1), l'*i. i. r.* fut introduite à raison des avantages qu'elle possède sur les actions ; elle renforce la protection assurée par ces dernières ; elle constitue un perfectionnement apporté par le préteur à son œuvre même, et progressivement étendu sur l'invitation des empereurs. Suivant l'autre, émis par Savigny (2), l'*i. i. r.* est l'instrument utilisé par le magistrat pour établir de nouvelles règles de droit ; c'est un procédé tout à la fois imparfait, puisque son application dépend d'un pouvoir arbitraire, et primitif, puisque sa mise en œuvre exige l'*imperium;* il permet de faire insensiblement pénétrer de nouveaux principes qui, formulés plus tard, sont alors sanctionnés par une action doublée d'une exception. Quand cette évolution est parachevée, l'*i. i. r.*, sous l'empire de motifs divers, tend à se confondre avec les moyens ordinaires de procédure.

Cette conjecture de Savigny, séduisante au premier abord, fut très attaquée dans la deuxième moitié du XIX^me^ siècle. On lui a surtout reproché de transformer un concept purement logique des rapports qu'auraient entre elles certaines institutions juridiques en une loi de leur évolution historique. On s'est alors efforcé de montrer, notamment en matière de *metus* et de dol, que les secours appelés normaux, action et exception, avaient précédé l'*i. i. r.* Dans ce mouvement de réaction contre l'hypothèse de Savigny, les auteurs sont revenus aux idées de Burchardi (3).

Les travaux de M. Lenel sur l'édit ont beaucoup contribué

(1) Burchardi, *Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, 1831, p. 360 et s.

(2) Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, 1851, VII, p. 112 et s.

(3) L'exposé plus détaillé de l'opinion des auteurs avec les indications bibliographiques se trouvent dans Duquesne, *Cicéron, Pro Flacco*, c. 30-32, *et l'in integrum restitutio*, 1908, p. 19 et s. (Extrait des *Annales de l'Université de Grenoble).*

à poser le problème sur le pur terrain de la recherche historique. La reconstitution de l'édit perpétuel montre en effet que du temps de S. Julien, au moment où l'activité du préteur est pour ainsi dire à son terme, l'*i. i. r.* est une voie de recours d'une large application. L'examen de ses caractères confirme en même temps que cette institution, reposant sur un pouvoir discrétionnaire du préteur, a seulement pu s'épanouir à une époque où ce magistrat jouissait de sa pleine indépendance, c'est-à-dire au cours des VII^me^ et VIII^e^ siècles de la fondation de Rome.

Et justement on est parvenu, dans la documentation très incomplète que nous possédons pour cette période, à relever déjà quelques applications d'*i. i. r.* (1). Nous avons cru apporter une contribution utile à l'histoire de notre institution, en dirigeant nos investigations dans la voie ainsi inaugurée.

Nous nous sommes appliqué tout d'abord à dépouiller les textes des deux derniers siècles de la République, susceptibles de contenir les plus anciens vestiges d'*i. i. r.* Nous nous sommes ensuite efforcé de déterminer le vaste champ d'application de cette procédure d'après l'édit perpétuel. Un dernier chapitre est consacré à grouper les extensions, d'ailleurs assez rares, que cette institution a reçues postérieurement à l'édit, surtout de la part des empereurs.

Nous avons écarté de notre étude la restitution des mineurs. Elle existait au temps d'Ofilius (2), contemporain de Cicéron et de César ; elle devint immédiatement un secours normal et garda ce caractère pendant toute l'histoire du droit romain. L'œuvre accomplie par la jurisprudence dans ce domaine ne donne lieu à aucune difficulté d'ordre

---

(1) C'est l'objet du travail cité dans la note précédente. Il se termine par une série d'interrogations, auxquelles, dans les pages suivantes, nous essayons de répondre en partie tout au moins. Les conseils que M. Duquesne nous a prodigués avec une extrême bienveillance ont grandement facilité l'accomplissement de notre tâche. Nous tenons à lui exprimer ici notre profonde gratitude.

(2) V. Krueger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*[2], 1912, p. 68.

historique. Il nous suffit, pour la question qui nous intéresse, de retenir ici que cette restitution était accordée toutes les fois où un mineur de 25 ans subissait un préjudice à raison de son inexpérience, qu'il fût *sui juris* ou *alieni juris*, soit qu'il ait agi seul ou avec l'assistance d'un tuteur ou le consentement du curateur, soit qu'il ait été représenté par un tuteur ou curateur agissant comme *negotiorum gestor* (1).

---

(1) En éclaircissant cette dernière question, M. Solazzi *(La Restitutio in integrum del pupillo*, 1915, extrait du *B. Ist. D. R.)* vient d'apporter une nouvelle preuve du très large champ d'application de l'*i. i. r. ob ætatem.*

CHAPITRE II

Premières applications de l' « in integrum restitutio ».

Le simple rappel des idées émises pour déterminer le but de notre procédure met en évidence l'utilité de connaître ses origines. Si son apparition remonte simplement aux dernières années de la République, on est disposé à la traiter comme une addition au système des actions prétoriennes; si son emploi est beaucoup plus ancien, on penche instinctivement vers la doctrine de Savigny. Malgré sa réelle importance, cette question n'a pas attiré de nos jours toute l'attention qu'elle mérite. Les renseignements contenus dans les plaidoyers de Cicéron ont cependant fait l'objet d'un travail assez récent (1), dont la conclusion laisse entrevoir la possibilité de trouver des traces d'*i. i. r.* dans les sources antérieures aux œuvres du grand orateur romain. Au surplus, les circonstances dans lesquelles notre moyen de protection fonctionne à l'époque de Cicéron mettent sur le chemin à suivre pour découvrir les premiers témoignages de notre institution ; leur examen constitue le point de départ le meilleur pour entreprendre de nouvelles recherches.

Les Verrines, 2, 26, 63, mentionnent que L. Cæcilius Metellus eut pour premier soin, quand il remplaça Verrès dans le gouvernement de la Sicile, en 684, de rescinder un grand nombre des actes accomplis par son prédécesseur. Parmi ces

(1) V. Duquesne, *Cicéron, Pro Flacco.*

décisions, les unes sont d'ordre administratif ; les autres présentent tous les caractères de l'*i. i. r.* en droit privé : telles sont notamment les rescisions des *judicia* irrégulièrement organisés dans certaines villes de la province (1). Ces mesures font partie de la réaction provoquée par l'administration de Verrès : il suffit pour s'en convaincre de relire le discours de Cicéron. C'est la manière injuste et cruelle dont abusa Verrès durant l'exercice de ses fonctions qui motiva les agissements de son successeur. Cette conduite rentre dans la notion de *vis* (2) proprement dite. Cicéron semble bien exprimer cette opinion dans l'affaire d'Héraclius, lorsqu'il demande : « *Quid interest, utrum prætor imperet vique cogat aliquem de suis bonis omnibus decedere, an hujusce modi judicium det, quo judicio indicta causa fortunis omnibus everti necesse sit.* » Et, quand le préteur eut réprimé la *metus* par son édit, on comprenait sous ce terme, au dire de Pomponius, les injustices commises par les magistrats (3). Comment Metellus, en voulant effacer les iniquités de Verrès, fut-il amené, dans le domaine de la procédure, à rescinder des actes valablement passés ? Il est aisé de

---

(1) Dans l'affaire d'Epicrate, Cicéron dit : « *Epicrates quidem continuo est restitutus* »; à propos des affaires de Lilybée, Agrigente et Palerme, il s'exprime d'une manière encore plus classique : « *alia judicia... restituta sunt* ». V. Cicéron, *In Ver.* ed. Peterson, 2, 26, 63 et les observations de Duquesne, *Cicéron, Pro Flacco*, p. 26, n. 1.

(2) On peut songer à l'absence comme cause *d'i. i. r.* (en ce sens Girard, *Manuel*[6], p. 1080, n. 5 — v. les objections de Duquesne, *Cicéron, Pro Flacco*, p. 26 n. 3); mais Cicéron indique trop clairement que le but de Metellus était de réparer les injustices de son prédécesseur *(fecerat... ut omnes istius injurias quas modo posset rescinderet et inritas faceret. In Ver.* 2. 26. 63.) pour ne pas voir dans ces rescisions des applications d'*i. i. r. ob metum.*

(3) *D.* IV. II. 3. 1. (Ulpien *l. 11 ad ed.) : cæterum si per injuriam quid fecit populi romani magistratus vel provinciæ præses, Pomponius scribit hoc edictum locum habere.* Eisele *(Z. S. St.* 1892, p. 133) met en doute l'authenticité des mots *populi romani magistratus vel provinciæ præses*, dans lesquels il voit une redondance qui n'est pas l'expression du langage classique. Mais en droit classique *præses* comprend des personnes qui ne sont pas *magistratus populi romani.* (v. Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, v° *præses*, 1, b,). D'ailleurs le sens du texte ne prête pas à équivoque.

l'expliquer. Investi, comme gouverneur de province, de la plénitude des pouvoirs judiciaires, il utilise les plus efficaces procédés pour réaliser ses desseins, sans tenir compte de la nature des affaires qui viennent devant lui. Les exemples d'*i. i. r. ob metum*, contenus dans les Verrines, décèlent ainsi le rapport qui peut exister entre la puissance étendue des magistrats provinciaux et les plus anciennes applications de notre institution.

Le même lien se retrouve dans les cas d'*i. i. r.* relatés aux chapitres 21 et 30 du *Pro Flacco*. Le premier passage apprend que Q. Cicéron, propréteur d'Asie, rendit un décret pour autoriser Héraclide de Temnos à recommencer un procès antérieurement jugé sous la pression du gouverneur de province (1). Le second parle de ventes consenties à la suite de manœuvres, nettement entachées de dol, et rescindées pour ce motif par Orbius, propréteur d'Asie en 690. Pour des raisons mal définies, la demande d'*i. i. r.* dût être renouvelée. Afin d'obtenir plus entière satisfaction, les victimes adressent une requête au Sénat, qui prescrit au nouveau gouverneur, Flaccus, de rescinder les mêmes ventes. Ce dernier rend un second décret d'*i. i. r.* (2). Dans ces hypothèses encore, notre procédure est aux yeux des magistrats provinciaux le moyen le plus convenable pour effacer un dommage injustement causé. En outre, nous voyons ici le sénat romain approuver l'usage de l'*i. i. r.*, le recommander même. Or, les interventions du Sénat dans les provinces, il ne faut point l'oublier, sont autant de manifestations de la politique extérieure de l'Etat romain. Par là, notre institution se colore d'une nuance complémentaire ;

---

(1) Cicéron, *Pro Flacco*, ed. Clark, 21. 49 : *si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores*, phrase qui contient une allusion à l'*i. i. r.* d'après l'opinion commune; Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 1917, p. 583, n. 1; Girard, *Manuel*[6], p. 1067 n. 4.

(2) Faisant une remarque sur les décrets d'*i. i. r.*, Cicéron parle de *quod a nostris magistratibus in integrum restituta (Pro Flacco* 32. 79). La superposition de plusieurs décrets d'*i. i. r.* soulève d'ailleurs des difficultés, v. Duquesne, *Cicéron, Pro Flacco*, p. 31.

elle est l'expression non seulement des larges pouvoirs des magistrats provinciaux, mais aussi du sens politique des autorités romaines (1).

Ces réflexions, suggérées par une lecture attentive des pages où les romanistes ont, à bon droit, relevé des applications d'*i. i. r.* pour cause de *metus* et de dol, offrent un sérieux intérêt, quand on se transporte par la pensée, à l'époque où se sont déroulés les événements racontés. Ils se placent dans une période où la puissance romaine a considérablement grandi. Rome n'est plus uniquement la première cité du Latium, elle devient la capitale du monde civilisé. Et si, même à l'approche de l'Empire, l'emploi d'une procédure comme l'*i. i. r.* contribue à maintenir la domination romaine dans les contrées lointaines, à plus forte raison son utilité a-t-elle pu se manifester lors de la pénétration et de l'établissement de la puissance romaine. Les instruments d'étude juridique, laissés par le temps de la République, sont en quantité suffisante pour contenir vraisemblablement les vestiges dont nous sommes en droit d'escompter la présence.

Les inscriptions, gravées sur le marbre et l'airain, qui alimentent continuellement les sources auxquelles puisent les historiens de l'antiquité, fournissent dans notre domaine de précieux renseignements jusqu'ici négligés. Le sénatus-consulte d'Asclépiade est l'un de ces documents ; il permet d'affirmer l'existence de notre institution pour l'année 676 de la fondation de Rome (2).

Son objet est de récompenser trois grecs, Asclépiade de Clazomène, Polystrate de Caryste et Ménisque de Milet, pour leur concours efficace pendant la guerre italique. Parmi les avantages qu'ils reçoivent, les uns sont honori-

---

(1) Sur les pouvoirs des magistrats romains en province, v. Girard, *Organisation judiciaire*, I, p. 316; sur le rôle du sénat vis-à-vis des provinces, v. Mommsen, *Droit public romain*, trad. Girard, 1889, VII, p. 438.

(2) V. le texte dans Bruns, *Fontes juris romani antiqui*[7], 1909, p. 176.

fiques, comme le titre d'ami du peuple romain (1); les autres leur concèdent le droit de réclamer l'*i. i. r.* pour effacer les conséquences nuisibles de leur absence. Sans parler de la restitution des tributs prélevés sur leurs biens depuis leur départ, opération purement administrative (2), quatre hypothèses susceptibles d'entraîner une demande d'*i. i. r.* sont prévues par le texte.

La première vise les biens appartenant aux intéressés et vendus pendant leur absence : « *et si qui agri, ædificia, bona eorum venierunt, postquam e patria reipublicæ causa profecti sunt, ut omnia eis in integrum restituantur.* » Notre moyen de procédure sert, dans ce cas, à rescinder les ventes, afin de faire recouvrer leur droit de propriété aux alliés de Rome, indûment dépouillés.

La deuxième concerne les délais expirés depuis qu'Asclépiade et ses compagnons se sont éloignés de leur patrie : *et si qui dies constitutus exierit, ex quo e patria reipublicæ nostræ causa profecti sunt.* » Le sénat envisage cette situation pour promettre, à l'instar du préteur urbain (3), la suppression du dommage qu'elle peut causer, « *ne quid ea res eis noceat, neve quid eis ob eam causam minus debeatur, neve quid minus eis persequi exigere liceat* »; l'action et le droit éteints sont rendus.

En troisième lieu sont mentionnés les héritages échus aux trois grecs pendant le temps passé au service de la cause romaine, « *quæque hereditates eis liberisve eorum obvenerunt ut eas habeant possideant fruanturque* »; ces héritages doivent leur revenir, rentrer en leur possession et jouissance. Sans doute, ni dans ce cas ni dans le précédent, il n'est question d'*i. i. r.;* mais les effets propres de notre voie de recours

---

(1) *Viros bonos et amicos appellari.* Nous relevons cette faveur, parce que nous la retrouvons à côté de la promesse de restitution dans plusieurs autres textes et qu'ainsi rapprochée de l'*i. i. r.*, elle éclaire la portée politique de cette dernière.

(2) *Si qua tributa ex bonis eorum exacta sunt, postquam reipublicæ nostræ causa profecti sunt, ut ea iis reddantur restituantur.*

(3) L'édit sur l'absence vise également l'expiration d'un délai survenue pendant l'éloignement, v. *D.* IV. VI. 1. 1. (Ulpien *l. 12 ad ed.*).

sont trop clairement indiqués pour qu'un doute soit permis. D'ailleurs le secours de l'*i. i. r.*, accordé par l'édit aux absents dans l'intérêt de l'état, tend aussi bien à réparer les pertes résultant de l'expiration d'un délai, qu'à faire acquérir les gains qui n'ont pas été réalisés par suite de l'absence (1). C'est la même mesure que prend notre sénatus-consulte, en faveur de quelques individus de province, à raison de leur éloignement légitime.

Une dernière application de notre institution est particulièrement nette : « *sei quæ judicia de eis abstentibus postquam e patria profecti sunt, facta sunt, ea uti in integrum restituantur et de integro judicium ex senatus consulto fiat* » (2). C'est la promesse non équivoque de rescinder les *judicia* prononcés pendant l'absence, avec faculté de renouveler l'instance.

Les décisions, intervenues à l'égard d'Asclépiade et de ses compagnons, dénotent une connaissance déjà clairvoyante des préjudices que peut entraîner pour quelqu'un l'impossibilité de gérer son patrimoine. Dès que le dommage causé par un empêchement justifié eut révélé la nécessité d'une mesure générale de protection, le préteur s'occupa des mêmes situations que le sénat, et leur apporta le même remède. Nous avons relevé au passage ces ressemblances; mais il convient encore de remarquer la similitude d'expressions du sénatus-consulte et de l'édit (3). La cause de l'*i. i. r.* est formulée de manière identique; « *e patria reipublicæ nostræ causa profecti sunt* », dit le sénat; « *cum is... reipublicæ causa abesset* », dit le préteur. Parmi les événements qui donnent naissance à notre procédure, on relève d'un côté « *si qui dies constitutus exierit* », de l'autre « *sive dies exisse dicetur* ». Tous deux utilisent la même expression pour désigner le secours pro-

(1) C'est l'opinion de Paul (*D.* IV. VI. 27.) qui paraît commenter à cet endroit la *clausula generalis* de l'édit sur l'absence.

(2) Cette finale laisse supposer qu'il n'existait pas encore d'édit sur l'absence en province. Mais le sénatus-consulte intéresse seulement trois grecs et ne touche pas à la question de savoir si le préteur urbain avait déjà rendu son édit sur l'absence à ce moment.

(3) V. le texte de l'édit dans Girard, *Textes de Droit romain*[1], 1913, p. 145.

mis; l'un sous la forme passive, *in integrum restituantur;* l'autre sous la forme active, *in integrum restituam.*

On conçoit à peine que de semblables analogies, tant au point de vue du fond que de la forme, soient purement fortuites. Il existe visiblement une relation entre les textes que nous venons de rapprocher. On pourrait croire, avec une apparence de vérité, que le consul Q. Lutatius Catulus, avant de faire, en faveur d'Asclépiade et de ses compagnons, les propositions que ratifia le sénat, s'était inspiré des prescriptions édictales. Il faut pourtant reconnaître que le sénatus-consulte ne fait aucune allusion positive à l'œuvre du préteur. Le seul renseignement indiscutable qu'il fournisse à notre sujet, c'est la preuve de l'existence de l'*i. i. r.* en 676, pour aider quelques personnes, éloignées de leur patrie dans l'intérêt de l'Etat romain, à ne pas souffrir de leur absence. Ce résultat n'est pas à dédaigner; il s'harmonise parfaitement avec l'idée d'après laquelle l'*i. i. r.* est une institution empreinte du sceau de l'antiquité. D'autant mieux que notre moyen de procédure n'est présenté, pas plus ici que dans Cicéron, comme une innovation et garde les caractères qui laissent présumer son emploi dans les années précédentes. C'est une mesure politique, décrétée par le sénat, pour encourager les provinciaux à prêter leur appui aux expéditions romaines. Ce sont des rescisions civiles prononcées avec la même facilité que les rescisions administratives, par des magistrats provinciaux dont la ligne de conduite doit être exclusivement déterminée par le sentiment du devoir et l'intérêt public (1).

Ces constatations nous invitent encore à remonter le cours des âges avec l'espérance d'y lire des récits susceptibles de servir à l'histoire de l'*i. i. r.*

Si l'on fait abstraction d'une phrase de Térence sur laquelle nous reviendrons, on ne trouve plus l'expression *in*

---

(1) *Ita utei eis e re publica fideque sua videatur.* Ces mots paraissent souligner la grande liberté d'appréciation laissée au magistrat dans la procédure de l'*i. i. r.*

integrum restitutio dans les sources antérieures au sénatus-consulte d'Asclépiade. On relève toutefois, parmi ceux qui appartiennent à cette époque, des textes où sont relatées des opérations de restitution. Bien que ces allusions ne soient généralement pas accompagnées de développements suffisants pour y voir des applications d'*i. i. r.*, il est possible de discerner, au milieu des mesures prises par les magistrats, quelques décisions qui semblent avoir les signes distinctifs de notre procédure.

Avec la plus ancienne, nous nous reportons à l'époque de la pénétration romaine en Sicile. Les Italiens, raconte Tite-Live (1), prirent de force les domaines des Syracusains. Ces derniers, refusant de s'incliner devant le fait accompli, recourent au sénat qui admet la validité de leurs droits de propriété. Sur ces entrefaites, en 549 de la fondation de Rome, P. Cornélius Scipion vient à Syracuse en qualité de consul, commandant les troupes romaines (2). Conformément au principe fondamental de la constitution de Rome, qui reconnaît aux seuls magistrats romains l'autorité judiciaire dans les territoires conquis, le chef des armées s'occupe de trancher les contestations privées. Les habitants encore dépouillés de leurs biens s'adressent à lui. Le consul, soucieux de faire respecter la volonté du sénat, *partim edicto, partim judiciis etiam in pertinaces ad obtinendam injuriam redditis suas res Syracusis restituit.* L'édit, rendu dans ces circonstances, devait probablement contenir un ordre de restitution adressé aux Italiens, plutôt que la promesse d'un secours aux victimes des violences. Mais si l'ordre n'est pas exécuté, C. Scipion délivre des actions qui auront pour résultat de faire recouvrer leurs propriétés aux Syracusains.

Quand on prend soin de noter que l'occupation des vainqueurs s'est quelque peu prolongée, on est amené à croire qu'elle a fait naître en leur faveur des droits sur les biens en question. Et ces droits ne peuvent être maintenus par un

(1) Tite-Live, *Ab urb. cond.* ed. Muller, 29. 1. 15 et s.
(2) V. Girard, *Org. jud.* I p. 320 n. 1.

magistrat, qui a pour dessein de rétablir les anciens maîtres dans leur situation primitive. Les actions intentées dans les conditions rapportées par Tite-Live font alors penser à la revendication dont l'exercice est rendu par l'*i. i. r.* Il n'est donc pas défendu de supposer que notre institution servit, dès le VI^e^ siècle, à parer aux besoins nouveaux des individus appelés à bénéficier de la civilisation romaine. Cette conjecture est d'autant plus vraisemblable que l'application de notre moyen de procédure est ordonnée, conformément aux directives du sénat (1), par un magistrat qui détient la plénitude des pouvoirs. Elle correspond ainsi aux données certaines fournies par les témoignages de la fin du VII^e^ siècle, puisqu'elle ne sert à rien moins qu'à développer le prestige de Rome en rendant son nom synonyme de justice.

Une bienveillance de même nature est pratiquée vis-à-vis des Grecs. Dans une lettre, écrite en 558 ou 560 par T. Quinctius Flamininus (2), cette conduite est nettement soulignée; elle paraît se manifester par l'emploi d'une procédure analogue à l'*i. i. r.*

Cette correspondance a pour destinataire la ville et les magistrats de Cyréties, en Thessalie. Son but est double : 1° donner à la cité les terres et maisons qui, tombées dans le domaine public des Romains, demeurent encore disponibles; 2° ordonner aux magistrats locaux de rétablir dans leur situation antérieure les habitants qui n'ont pas recouvré leurs biens (3).

---

(1) Tite-Live, *Ab urb. cond.* 29. 1. 16 : *Græci res a quibusdam Italici generis, eadem vi qua per bellum ceperant, retinentibus concessas sibi ab senatu repetebant.*

(2) V. le texte de cette lettre dans Dittenberger, *Sylloge inscriptionum græcarum*^3^, 1907, II, n° 593. Une traduction et un commentaire se trouvent dans Colin, *Rome et la Grèce de 200 à 146 avant Jésus-Christ*, 1905, p. 169 et s. Ces auteurs ne sont pas arrivés à préciser plus exactement la date de ce document.

(3) Flamininus termine sa lettre par la phrase suivante :

Ὅσοι μέντον μὴ κεκομισμένοι εἰσὶν τῶν ἐπιβαλλόντων αὐτοῖς, ἐάν ὑμᾶς διδάξωσιν και φαίνωνται ευγνώμονα λέγοντες, στοχαζομένων ὑμῶν ἐκ τῶν ὑπ' ἐμοῦ γεγραμμένων ἐγκρίσεων, κρίνω δίκαιον εἶναι ἀποκαθίστασθαι αὐτοῖς.

Pour comprendre la signification de cette injonction, dont le sens est diversement interprété (1), il est nécessaire de connaître l'activité de Flamininus et surtout le mobile de cette activité. Le chef des armées de la République profite de toutes les circonstances pour établir que les Romains n'adoptent pas la conduite des Macédoniens, qu'ils se refusent à suivre vis-à-vis des partisans de Philippe l'attitude prise par ceux-ci à l'égard des alliés de Rome. Après avoir, en 558, proclamé l'indépendance de la Grèce, il parcourt le pays pour restaurer les lois et la justice (2). L'année suivante, il châtie les brigandages de Nabis, lui prescrit de remettre à leurs propriétaires les esclaves qu'il aurait emmenés, de rendre aux Messéniens les objets reconnus par leurs maîtres, de restituer aux mercenaires qui l'avaient abandonné tout ce qui leur appartenait (3). Il passe l'hiver de 560 à Elatée, *jure dicendo* et reformant les abus commis au détriment de la population (4). Au printemps, il est à Corinthe pour affirmer son désir d'effacer tous les motifs de discorde entre les habitants. Il part de là pour la Thessalie avec le même dessein (5).

---

(1) Dittenberger *(Sylloge*, II, n° 593, n. 8) suppose que Flamininus vise les habitants qui auraient des droits sur les biens précédemment vendus aux enchères (hypothèque ou même droit de propriété si les biens ont été confisqués par erreur). Cette hypothèse ne trouve aucun appui dans les textes. M. Colin semble plus près de la vérité quand il pense aux biens qui, faisant l'objet de la donation à la ville de Cyrèties, appartiendraient en réalité aux habitants. Mais il n'est pas sûr qu'il y ait un lien entre la donation à la ville et les biens à restituer aux particuliers, car μέντον marque parfois la distinction, l'opposition entre deux phrases et pas toujours une restriction à ce que l'on vient de dire.

(2) Plutarque, *Vie de Flamininus*, ed. Sintenis, 12 :

ἐπιφοιτῶν τε ταῖς πόλεσιν, εὐνομίαν ἅμα καὶ δίκην πολλὴν ὁμόνοιάν τε καὶ φιλοφροσύνην πρὸς ἀλλήλους παρεῖχε.

(3) Tite-Live, *Ab urb. cond.* 34. 35. 4 : ... *dominis recte restituerentur... redderet et Messeniis omnia quæ comparerent quæque domini cognossent... mercenariorum militum Nabidis qui aut in civitates suas aut ad romanos transissent iis res suæ omnes recte redderentur. suas aut ad Romanos transissent iis res suæ omnes recte redderentur.*

(4) Tite-Live, *Ab urb. cond.* 34. 48. 2. : *totum hiemis tempus jure dicendo consumpsit mutandisque iis, quæ aut ipsius Philippi aut præfectorum ejus licentia in civitatibus facta erant.* Sur ce texte v. Girard, *Org. jud.* I, p. 320 n. 1.

(5) Tite-Live, *Ab. urb. cond.* 34. 49 et 51.

C'est une suite ininterrompue d'actes inspirés par le réel souci des intérêts grecs et souvent accomplis à l'occasion de l'exercice de la justice. On peut dès lors s'attendre à trouver les mêmes dispositions dans la lettre de Flamininus. Ce dernier, en invitant les magistrats de Cyréties à faire revivre la situation des particuliers telle qu'elle était auparavant, témoigne clairement de ses intentions libérales. Mais la procédure, destinée à rétablir un état juridique disparu, n'est autre que l'*i. i. r.* L'inscription, dont nous nous occupons, prend de ce fait une portée qui nous invite à l'utiliser dans notre matière. Elle s'y rattache d'autant mieux qu'elle contient certaines indications en harmonie, semble-t-il, avec notre institution. C'est ainsi que nous voyons Flamininus laisser une entière liberté d'appréciation à ceux qui sont chargés d'exécuter ses ordres; dans chaque affaire, ils doivent, avant tout, régler leur décision sur l'équité. On pense instinctivement alors à la *cognitio causæ* qu'exige l'*i. i. r.* pour permettre au magistrat d'exprimer sa volonté, tributaire dans cette procédure des seules lois de l'équité. Si nous remarquons en outre que le moyen de protection, auquel fait allusion Flamininus, fut, à son dire, précédemment employé par lui-même, donc par un magistrat romain (1), nous ne pouvons nous empêcher d'attribuer à cette correspondance une valeur appréciable. Ce document laisserait croire, en effet, qu'à l'époque envisagée, l'*i. i. r.* était un instrument manié avec aisance par les magistrats romains, en quête d'implanter en province les dispositions favorables de leur patrie.

Mais les ménagements avec lesquels sont traités les Grecs ne produisent pas toujours les fruits attendus. Les Romains s'aperçoivent bientôt qu'ils ne peuvent fonder trop d'espoir sur leurs alliés; ils deviennent méfiants et le montrent dans la position qu'ils prennent à propos du différend survenu,

(1) Flamininus, dans la phrase citée *supra* p. 16 n. 3, a soin de noter d'une part que la mesure dont il prescrit l'application est une mesure d'équité en principe comme dans chaque cas particulier, et d'autre part que les magistrats locaux devront se conformer aux décisions écrites antérieurement prises par lui.

quelques années plus tard, entre Spartiates et Achéens. Quoique ceux-ci fussent dévoués à la cause romaine, le sénat, par l'organe de trois commissaires délégués à cette fin, prescrit le rétablissement dans leurs foyers des habitants exilés par les Achéens (1). Cette décision est exécutée seulement en 575 par Callicrate que les Achéens venaient d'élire stratège. Polybe, qui nous l'apprend (2), n'explique pas comment fut assuré pratiquement le retour des Spartiates, contraints de s'éloigner depuis plusieurs années. Nous savons, toutefois, par une inscription relative à cet événement, que Callicrate ne se borna pas à rappeler les bannis de Lacédémone, mais se dépensa d'une façon active pour effacer les traces de leur exil : il les réconcilie avec leurs concitoyens, les rétablit dans l'amitié qui existait antérieurement (3). Pour opérer cette transformation, le magistrat dut, semble-t-il, anéantir les droits acquis durant l'absence des proscrits, sur les biens qu'ils avaient avant leur départ (4). Que l'*i. i. r.* ait une place indiquée dans la poursuite de cette entreprise, on l'admettra sans conteste. Le préteur ne se fit pas faute d'utiliser cette voie pour venir en aide aux bannis rappelés à Rome par faveur (5). Mais tandis que, dans la cité, pareille mesure

---

(1) Tite-Live, *Ab urb. cond.* 39. 48. 2 et 4; demande des Spartiates : *sed, quæ maxime rem continerent, erant utrum restituerentur quos Achæi damnaverant, necne;* réponse du Sénat : *restitui judiciaque facta tolli placuit.*

(2) Polybe *(Histoire*, ed. Büttner-Wobst, 24, 10, 12) se contente de dire :

κατῆγε τοὺς ἐκ τῆς Λακεδαίμονος καὶ τοὺς ἐκ τῆς Μεσσήνης φυγάδας.

(3) Son texte est reproduit dans Dittenberger, *Sylloge*, II, n° 634; on y lit :

καταγαγόντα εἰς τὰν πατρίδα καὶ διαλύσαντα ποτὶ τοὺς πολίτας καὶ εἰς τὰν ἐξ ἀρχᾶς εὐσαν φιλίαν ἀποκαταστάσαντα.

(4) Dans la plupart de ces hypothèses, il est difficile de se rendre compte comment des droits ont pu naître sur des biens des exilés au profit des tiers; mais il est vraisemblable de supposer que l'usucapion était possible puisque, même à Rome, dans l'ancien droit, la propriété est acquise par l'usage sans juste titre ni bonne foi. V. Cuq, *N. R. H.* 1894, p. 23 et s.

(5) *D.* IV. VI. 26. 1 (Ulpien *l. 12 ad ed.)* et 40. 1. (Ulpien *l. 5 op.).*

exige l'interposition du législateur, et que les décrets de révision pris en conformité de cette loi sont imposés (1); en province, le représentant de l'autorité romaine jouit d'une entière lattitude, il apprécie s'il doit accorder ou non l'*i. i. r.* Notre procédure garde alors dans ces applications sa physionomie intégrale, et son emploi confirme l'importance du rôle qu'elle tient parmi les moyens judiciaires qui servirent à propager l'influence romaine.

De l'analyse à laquelle nous avons procédé, il ressort que l'idée de faire renaître une situation juridique ayant cessé d'exister ne paraît pas étrangère au droit du VI^e^ siècle. Sénateurs et magistrats de la République semblent disposés à la prendre pour base de leurs décisions, tant pour accomplir des actes de réparation à l'égard des provinciaux que pour gagner de plus vives sympathies à l'Etat romain. Or l'*i. i. r.*, à n'en pas douter, répond à ces besoins; nous l'avons constaté, les raisons de présumer qu'elle parvint à les satisfaire ne manquent pas.

On comprend alors que Térence ait pu, dès 593, faire allusion à notre institution. En mettant dans la bouche d'un personnage du *Phormio* une plaisanterie sur l'*i. i. r.*, il mentionne une procédure qu'une partie de son auditoire est à même de connaître pour l'avoir conseillée ou mise en œuvre. Sans doute, il ne cite pas une application régulière de ce moyen, mais il montre que son appellation définitive pénètre dans la langue juridique des Romains (2). Et quand il rapporte cette expression dans une hypothèse où la question

---

(1) Mommsen, *Le droit pénal romain*, tr. Duquesne, 1907, II, p. 169.

(2) Térence, *Phormio*, ed. Hauler, 2, 4. 9 et s. : *restitui in integrum æquum ac bonum est.* V. Cuq. *Manuel*, p. 833 n. 1. M. Girard *(Mélanges de droit romain*, I, 1912, p. 87 n. 1) voit dans ces expressions une transposition de l'original grec. C'est une conjecture, dont il est difficile de vérifier l'exactitude, puisque nous ne possédons pas le passage d'Appollodore de Karystios qui aurait pu servir de modèle à Térence. Dans tous les cas, le fait que la *restitutio* est demandée par un père contre les actes de son fils ne peut pas mieux être invoqué en faveur d'une restitution de droit grec que de l'*i. i. r.* du droit romain.

de l'absence tient une certaine place, le poète se conforme même aux exemples qu'il peut avoir sous les yeux. Car, dans les textes qui précèdent, les magistrats se trouvent en présence de cas où l'absence ne fait jamais complètement défaut.

Au VII^e^ siècle de la fondation de Rome, l'*i. i. r.* est en pleine vigueur; son nom est exprimé, son fonctionnement décrit d'une manière plus précise. On rencontre encore, il est vrai, un document qui n'emploie pas la terminologie classique : c'est le sénatus-consulte de Lagina de 673 (1). Il contient la ratification des faveurs accordées à la ville de Stratonicée par Sylla. Au nombre des promesses faites par le dictateur, figure la restitution de leurs biens aux habitants dépouillés pendant la guerre contre Mithridate. Les intéressés s'adressent au sénat pour demander l'accomplissement de cette mesure attendue. L'assemblée ordonne en conséquence au magistrat de prendre soin que ces biens soient restitués (2). Elle semble de la sorte lui prescrire d'intervenir par une voie dans laquelle il joue un rôle personnel et dont les effets impliquent la rescision des droits acquis au détriment des Stratonicéens, toutes indications qui cadrent avec l'*i. i. r.*

Mais, à côté de ce témoignage moins sûr, nous avons le sénatus-consulte d'Asclépiade, les passages de Cicéron qui parlent en propres termes de notre institution, la décrivent telle que nous la retrouvons à l'époque classique, la dépeignent, en un mot, comme un moyen de procédure arrivé à son complet développement et servant, dans les circonstances les plus variées, à corriger hardiment les rigueurs du droit civil.

---

(1) Le document est ainsi nommé par MM. Diehl et Cousin qui en ont reconstitué le texte et précisé la date (*Bulletin de correspondance hellénique*, 1885, p. 458).

(2) V. Viereck, *Sermo græcus*, 1888, p. 24; ligne 60, demande des Stratonicéens :

ἵνα φροντίσηι καὶ ἐπιστροφὴν ποιήσηται, ὅπως τὰ ἐμφανῆ αὐτοῖς ἀποδοθῆναι φροντίσηι.; réponse du sénat : ἵνα παρ' αὐτῶν ἀποδοθῆναι ἀποκατασθῆναι φροντίσηι.

Dans toutes ces applications d'*i. i. r.*, nous retrouvons bien les caractères que nous ont révélés, de prime abord, les faits racontés par Cicéron, et qui nous ont incité à pousser plus avant la connaissance des origines de notre institution. Les cas énumérés jusqu'ici portent tous la marque d'une mesure politique prise par le magistrat chargé d'organiser le pays conquis ou par le gouverneur de province. L'un et l'autre agissent en vertu de leur *imperium* illimité, qui leur permet de rescinder avec la même facilité les condamnations pénales et les mesures répressives qu'elles entraînent, les actes administratifs ainsi que les actes juridiques et les procès de droit privé.

Pour les rescisions opérées en cette matière, le magistrat ne se reporte pas à des dispositions qui fixent les causes dans lesquelles ce procédé est autorisé; il se détermine d'après les événements et se décide à promettre l'*i. i. r.* en vue de réparer un préjudice injuste causé tantôt par dol, souvent par *metus*, le plus fréquemment par l'absence. Il suit, pour la marche de la procédure, les traditions auxquelles il a été accoutumé dans l'exercice de la juridiction contentieuse à Rome; il se borne ordinairement à prescrire la rescision et laisse le soin aux autorités locales d'assurer l'exécution de ses ordres; tout au plus va-t-il jusqu'à l'organisation d'une instance ou *judicium*, dans lequel les juges auront à faire l'application au cas particulier de la restitution ordonnée par le magistrat romain sous une forme générale.

Ces observations rentrent utilement dans la préface de l'étude que nécessitent les progrès apportés par l'édit à la réglementation de l'*i. i. r.* Car le préteur urbain paraît s'être contenté d'étendre, de généraliser un secours de circonstance parfaitement approprié à l'une des situations juridiques restées jusqu'alors sans remède. Il a conservé la méthode souple de la procédure; il a classé l'absence, la *metus* et le dol, parmi les causes générales d'*i. i. r.* dont il a complété la liste. Mais si notre institution apparaît à Rome comme la continuation des pratiques provinciales, alors elle peut bien avoir fonctionné dans la cité plus tôt qu'on le pense généralement. Le besoin de cette protection avait dû s'y faire sentir longtemps

avant la fin de la République. Il suffit de songer aux citoyens romains qui entrent pour une part dans la composition des légions affectées aux expéditions extérieures; aux *legati* qui, depuis le milieu du VI[e] siècle, sont envoyés de Rome pour traiter au loin les affaires diplomatiques; aux prisonniers qui, dès l'époque républicaine, jouissent à leur retour du *postliminium* (1). Les soldats romains sont-ils moins bien traités qu'Asclépiade et ses compagnons ? Les ambassadeurs souffrent-ils de leur éloignement ? Les captifs retrouvent-ils seulement les droits qui sont restés intacts pendant leur absence ? Le préteur n'avait-il pas encore compris la nécessité de secourir des personnes empêchées de diriger leurs affaires, comme il l'admit dans la suite ? S'il en est ainsi, nous nous trouvons en présence d'une lacune dans la procédure en usage à Rome, lacune qui avait au contraire été comblée par les autorités romaines en province.

Les magistrats possèdent, il est vrai, des pouvoirs moins étendus à Rome qu'en province; ils n'ont pas la même liberté vis-à-vis des lois en vigueur. Mais le sénat, au temps des actions de la loi, peut déjà, parfois au moins, suspendre ou paralyser l'application des règles de droit civil. Sa participation à la mesure du *justitium* (2), comme ses injonctions au préteur de *denegare actionem* (3), attestent une intervention

---

(1) Sur les personnes qui entrent dans la composition des légions romaines, v. Marquardt, *De l'organisation militaire chez les Romains*, tr. Brissaud, p. 80. On peut se faire une idée du nombre des *legati* envoyés de Rome, sous la République, en lisant la nomenclature donnée par Willems, dans *Le Sénat de la République romaine*, 1883, II, p. 495 et s. Le *postliminium* remonte certainement aussi à l'époque républicaine; v. Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, v° *postliminium*.

(2) V. notamment la suspension des procès ordonnée par le sénat, en 568, à la suite des obstacles apportés à la bonne administration de la justice, par la découverte de la conjuration des Bacchanales et par les nombreuses absences que la crainte des poursuites avait provoquées dans la population de Rome (Tite-Live, *Ab urb. cond.* 39. 18. 1 et Girard, *Org. jud.* I, p. 198 n. 1).

(3) Dans un cas au moins, en 577, le Sénat prescrivit aux magistrats de refuser la *legis actio* (Tite-Live, *Ab urb. cond.* 41. 9. 10-11) et peut-être dans un autre antérieur (v. Girard, *Org. jud.* I, p. 195 n. 1). Il

bien voisine de celle qui autoriserait l'*i. i. r.* Pourquoi le préteur urbain n'aurait-il pas reçu l'ordre d'accorder ce moyen de protection dès que les événements en révélèrent la nécessité ? Dans tous les cas, il est vraisemblable de supposer que du jour où ses pouvoirs furent élargis, c'est-à-dire dans le premier quart du VII[e] siècle (1), le magistrat s'empressa de rescinder les actes contraires à l'équité; de la sorte, il importait à Rome une coutume provinciale, tout comme, à la même époque, le législateur s'inspirait probablement des institutions provinciales pour modifier la procédure romaine (2).

Cette conjecture voit donc dans l'*i. i. r.* une mesure ancienne, contemporaine des autres interventions prétoriennes, telles que *missio in possessionem*, interdits, stipulations prétoriennes, dont l'introduction s'est faite par voie d'autorité, à l'égal de notre institution. Elle se rapproche ainsi des conceptions de Savigny, qui deviennent moins hypothétiques en ayant un point d'appui réel dans les sources antérieures à la fin du VII[e] siècle de la fondation de Rome (3).

D'ailleurs, s'il nous manque un témoignage exprès sur la date d'apparition des prescriptions édictales relatives à l'*i. i. r.*, nous ne sommes cependant pas complètement dépourvus d'indications sur leur existence à la période où nous nous plaçons.

D'une part, le premier commentaire de l'édit, qui émane de Servus Sulpicius, remonte aux derniers temps de la Ré-

---

faut ajouter qu'un parti dans la doctrine admet pour le magistrat le droit de refuser librement la *legis actio* avant l'apparition de la loi Æbutia. Cette opinion serait un point d'appui de plus pour ceux qui font remonter l'*i. i. r.* à l'époque des actions de la loi, mais elle reste très discutée et ne paraît pas devoir être admise dans sa forme absolue (v. Girard, *Mélanges*, I, p. 126 et s.).

(1) V. Girard, *Manuel*[6], p. 1012 n. 1.

(2) V. Girard, *Manuel*[6], p. 1010.

(3) M. Girard croit plutôt que l'action a précédé l'*i. i. r.* et s'appuie principalement, pour écarter la doctrine de Savigny, sur ce qu'on ne rencontre aucun vestige d'*i. i. r.* avant l'époque formulaire (Girard, *Org. jud.* I, p. 206 n. 1). Les traces que nous avons relevées prennent de ce fait une importance particulière.

publique (1); quoique assez bref, cet ouvrage ne passe pas complètement sous silence les questions soulevées par notre moyen de procédure (2).

D'autre part, les abréviations de Valérius Probus permettent de soutenir que, vers le milieu du I^er^ siècle de notre ère, l'édit traitait, dans un ordre sensiblement analogue à celui qu'adopta S. Julien, des matières contenues dans l'œuvre de ce dernier, notamment de l'*i. i. r.* (3). Et comme l'édit sous cette forme est la résultante d'apports successifs, il n'est certainement pas contraire aux données de l'histoire de faire remonter au cours du VII^e^ siècle de Rome l'emploi de notre institution par le préteur urbain.

Enfin, dans l'édit perpétuel lui-même, l'*i. i. r.* nous apparaît souvent comme le point de départ des mesures de protection instituées progressivement par les magistrats. Nous rencontrons, en effet, dans la partie qui renferme les promesses de notre voie de recours, plusieurs dispositions concernant les actions données pour des motifs identiques. Ces clauses n'occuperaient probablement pas cette place dans l'édit, si ce dernier ne contenait déjà des prescriptions relatives aux mêmes matières (4). Il y a là un indice, sans caractère décisif, mais néanmoins intéressant, en faveur de l'antériorité de l'*i. i. r.* aux actions et par conséquent de l'opinion qui fait remonter aux temps reculés l'origine de notre institution.

Nous aurons à revenir sur les décisions du préteur dans notre domaine, car ce sont leur contenu et leur commentaire qui font réellement connaître le champ d'application de l'*i. i. r.* en droit privé.

---

(1) V. Krueger, *Geschichte der Quellen*[2], p. 66.

(2) *D.* IV. VI. 26. 4. (Ulpien *l. 12 ad ed.*).

(3) C'est la conclusion même de l'étude de M. Girard sur une partie des abréviations de Valérius Probus (v. *Mélanges*, I, p. 197).

(4) Le plan même de l'édit, selon lequel on voit manifestement certaines dispositions appelées à côté d'autres par une similitude extérieure, implique, dit M. Girard, l'antériorité de la disposition qui a servi de point d'appui à l'autre (v. *Mélanges*, I, p. 304).

CHAPITRE III.

Les applications de l' « in integrum restitutio » d'après l'Edit.

Quand on examine, comme nous venons de le faire, les circonstances dans lesquelles des magistrats romains furent primitivement amenés à prononcer des rescisions par voie d'*i. i. r.* en province, on s'imagine aisément de quelle manière ils introduisirent à Rome ce moyen de protection. Frappé de l'injustice qu'engendrait le maintien de certains résultats juridiques, et nous savons que l'occasion de faire de semblables constatations ne manquait pas à Rome, le préteur urbain, avec la permission du sénat ou de sa propre initiative, résolut de secourir les victimes d'une législation incomplète et rigoureuse. Il le fit d'abord dans les cas les plus intéressants ; puis il formula des promesses générales qui trouvaient une place tout indiquée dans l'édit d'entrée en charge. Lorsque ces édits eurent insensiblement atteint une certaine immutabilité de fait, S. Julien les condensa, entre l'an 125 et 128 après Jésus-Christ selon toute vraisemblance (1), dans une œuvre légalement définitive.

Grâce aux travaux de reconstitution de l'édit perpétuel, nous savons aujourd'hui que cet édit possède un titre consacré à l'*i. i. r.* et dont les clauses mentionnent les motifs

---

(1) Sur la date et les circonstances de la codification de l'édit, v. Girard, *Mélanges*, I, p. 214 et s. et p. 248.

pour lesquels cette mesure est accordée (1). La connaissance de ces dispositions et de l'interprétation qu'elles recevaient dans la pratique permet de déterminer la sphère d'application de notre procédure en droit classique. Pour saisir l'étendue de son emploi, l'étude des causes d'*i. i. r.*, telles que les présente l'édit, paraît s'imposer : c'est elle qui va nous éclairer sur cette période importante.

1° *La « metus ».*

La première cause relatée est la *metus*. On entend par là toute violence ou menace qui inspire la crainte actuelle d'un mal sérieux pour soi ou pour ses proches (2). Il n'est pas possible de savoir si la place attribuée à la *metus*, en tête des prescriptions édictales relatives à l'*i. i. r.*, correspond à l'ordre chronologique de ces dispositions. Mais on peut croire, avec une apparence de vérité, que cette cause ne fut pas la dernière à provoquer l'intervention du magistrat. La détermination sous l'empire d'une violence ou d'une menace entraîne d'ordinaire une mise en scène que perçoit un esprit même ignorant des notions subtiles de justice et d'équité. La violence, nous l'avons vu, motiva, dans les provinces, quelques-unes des mesures qui rendent sans effet les actes

(1) Ce sont naturellement les travaux de M. Lénel qui nous servent de base. La matière de l'*i. i. r.* a été notablement remaniée par l'auteur; aussi, avons-nous jugé plus simple de faire tous nos renvois à l'*Edictum perpetuum*², 1907, c'est-à-dire à l'édition la plus récente. M. Girard (*Mélanges*, I, p. 255) a expliqué, précisément dans notre domaine, comment M. Lénel est parvenu à situer la matière de l'*i. i. r.* immédiatement après la *calumnia*, ainsi qu'à fixer l'ordre dans lequel l'édit visait les divers cas d'*i. i. r.* Il a proposé depuis (*Textes*⁴, p. 144 n. 11) une modification qui permet d'étudier, après le dol, la *fraus creditorum*.

(2) *D.* IV. II. 1; 3 *pr.*; 5; 7; 9 *pr.* (Ulpien *l. 11 ad ed.*); 6 (Gaius, *l. 4 ad ed. prov.*); 8. 3 (Paul, *l. 11 ad ed.*).

entachés de ce vice. A Rome aussi la *metus* attire l'attention du préteur ; il organise tout un système de protection qui, parvenu à son dernier état de perfectionnement, comprend l'*i. i. r.* et l'action *metus* (1) pour se plaindre des faits de violence, et l'exception *metus* pour dispenser d'exécuter les actes déterminés par la crainte.

L'édit, sur lequel s'appuie le magistrat pour accorder l'*i. i. r. ob metum*, est rapporté par Ulpien au livre 11 *ad Edictum* en ces termes (2) : « *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* » Ces larges expressions soulèvent quelques difficultés d'interprétation qu'il n'est pas inutile d'élucider tout d'abord.

Pour M. Lénel (3), cette clause vise aussi bien l'*i. i. r.* que l'action et l'exception *metus;* sa portée est générale. Elle laisse au magistrat la possibilité d'attribuer le secours qu'il juge opportun dans chaque cas particulier. C'est l'explication qui, ressortant des termes mêmes de l'édit, est fournie par Ulpien (4). Ce dernier expose, en effet, après s'être demandé comment il faut entendre les mots *ratum non habebo*, que la victime d'une violence peut utiliser l'un ou l'autre des trois moyens prétoriens. Si le jurisconsulte rattache ce triple secours à notre édit, c'est que la promesse générale de ne pas ratifier les actes accomplis par violence ouvre les trois voies mises à la disposition de la personne lésée.

On ne saurait le nier, la teneur de l'édit ne fait pas songer spécialement à l'*i. i. r.;* elle prête à l'interprétation extensive que lui donne M. Lénel. Mais il ne faut pas nécessairement se laisser subjuguer par une impression superficielle. Quand on envisage les moyens variés qui assurent au décret de rescision son efficacité, on comprend que le préteur soit tenté de se servir de termes élastiques pour accorder l'*i. i.*

---

(1) Nous employons, à la suite de M. Girard (*Manuel*[6], p. 426 n. 1) cette terminologie à la fois simple et conforme au langage des jurisconsultes classiques.

(2) *D.* IV. II. 1 (Ulpien *l. 11 ad ed.*).

(3) V. Lénel *E. P.*[2], p. 108.

(4) *D.* IV. II. 9. 3. (Ulpien *l. 11 ad ed.*).

r. (1). Il le fit en réalité; dans l'édit sur la minorité, il dit simplement *animadvertam*, bien qu'il ait en vue cette voie de recours seule (2). Ces expressions ne doivent donc pas nous surprendre ; mais vouloir leur faire englober plusieurs moyens de procédure à la fois serait anormal. Nous n'avons pas d'exemple d'édit aussi général (3). A l'appui de cette remarque vient d'ailleurs s'ajouter une considération plus décisive. La clause, dont nous nous occupons, est suivie dans l'édit d'une disposition ayant pour objet de promettre uniquement l'action *metus* (4). A quel besoin peut bien répondre cette deuxième clause, si la première sert de fondement, le cas échéant, à l'action *metus* ? D'ailleurs, il semble difficile, sinon impossible, que le préteur soit arrivé, par une seule disposition de son édit, à faire entendre aux intéressés qu'ils ont la faculté d'obtenir aussi bien la punition de l'auteur des menaces que la rescision de l'acte extorqué. C'est pourquoi M. Girard enseigne depuis longtemps que les mots *ratum non habebo* ne s'appliquent pas à l'action *metus;* ces termes visent probablement, ajoute-t-il, l'*i. i. r.* et l'exception (5). Le doute émis à ce dernier point de vue semble une invitation à serrer de plus près la question, à se demander si l'édit qui contient ces expressions ne tend pas à donner exclusivement l'*i. i. r.*

Le principal obstacle que rencontre cette opinion paraît être l'absence d'une clause spéciale sur l'exception. Mais un tel silence ne constitue pas une anomalie, dès qu'on se reporte par la pensée aux grandes divisions de l'édit perpétuel. Cette œuvre ne comprend aucune disposition ayant

---

(1) Klingmüller le souligne avec raison (v. Pauly-Wissova, II, 1, 1914, p. 679, *v° Restitutio).*

(2) *D.* IV. IV. 1. (Ulpien *l. 11 ad ed.).*

(3) C'est ce que remarque Karlowa *(Römische Rechtsgeschichte*, 1901, II, p. 1064); il ajoute que même si les commentateurs donnent une aussi large portée au *ratum non habebo*, ils n'expriment pas forcément la pensée du préteur qui introduisit cette disposition dans l'édit.

(4) V. Lénel, *E. P.*², p. 109.

(5) V. Girard, *Manuel*⁶, p. 428 n. 1.

pour but de proposer des exceptions ; elle renferme simplement leurs formules dans l'un des appendices qui termine l'édit (1). Il n'existe aucune raison pour chercher dans notre domaine des précisions qu'on ne trouve nulle part. En joignant cette remarque à la justification que nous avons donnée de la teneur de notre édit, on est disposé logiquement à voir, derrière le *ratum non habebo*, la seule promesse de l'*i. i. r.* Encore faut-il que les textes commentant ces mots ne s'opposent pas à cette interprétation et la confirment.

Un extrait d'Ulpien (*D.* IV. II. 9. 3.) (2), qui a vraisemblablement subi des altérations (3), a pour objet d'expliquer la portée de notre édit. Le jurisconsulte estime que, pour remplir sa mission, le meilleur procédé consiste à rapprocher l'*i. i. r.* de l'action et de l'exception *metus*. Un rescrit de l'empereur Caracalla (4) lui en fournit l'occasion.

---

(1) V. Lénel, *E. P.*², p. 20.

(2) Ulpien *l. 11 ad ed. : Sed quod prætor ait ratum se non habiturum, quatenus accipiendum est videamus. Et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, ut puta stipulationem et numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est aut per metum accepto debitor liberatus est vel quid simile contigerit quod negotium perficeret. Et Pomponius scribit in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem. Sed ex facto scio, cum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro posse eum a prætore in integrum restitutionem postulare, et prætorem me adsidente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri esse propositam, sive exceptione, adversus petentes non deesse exceptionem. Ex qua constitutione colligitur, ut, sive perfecta, sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur.*

(3) La phrase *vel... perficeret* semble être une formule généralisatrice chère aux compilateurs de Justinien, d'autant plus qu'elle ne respecte pas la concordance des temps (Eisele, *Z. S. St.* 1892, p. 134). La phrase *ex qua constitutione... detur*, dont on a suspecté l'authenticité (Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, 1910, p. 73 et II, 1911, p. 53) n'est pas une application du rescrit tel qu'il nous est rapporté (Burchardi, *Wiedereinsetzung*, p. 365 n. 7 — Spalienstein, *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, 1873, p. 141).

(4) On peut affirmer aujourd'hui qu'il s'agit de cet empereur, puisqu'il paraît établi que le commentaire *ad edictum* d'Ulpien fut écrit, sûrement du livre 9 au livre 50, sous le règne exclusif de Caracalla (Fitting, *Alter und Folge der Schriften der römischer Juristen von*

Cette réponse du prince permet à la victime d'une *metus* de réclamer l'*i. i. r.* à propos d'une *res imperfecta*. Dans ce cas, comme dans les *res perfectæ*, on peut utiliser notre voie de recours. Cette distinction aurait au contraire, d'après Pomponius, un intérêt pour l'exercice de l'action et de l'exception *metus*. La première ne serait accordée que dans les *res perfectæ;* la seconde, dans les *res imperfectæ*, quelquefois dans les *res perfectæ*. Ulpien ne se range d'ailleurs pas à l'avis de Pomponius.

Ces développements ne mentionnent aucunement que tous les moyens de protection *ob metum* aient pour point d'attache le *ratum non habebo*. Le jurisconsulte se contente de mettre en lumière que la mesure, visée par ces mots, ne soulève pas, quant à sa sphère d'application, les mêmes difficultés que l'action et l'exception. Cette mesure est forcément l'*i. i. r.* L'opposition entre les divers moyens *ob metum* (1) est du reste tout à fait à propos à cet endroit, car les expressions du préteur éveillent l'idée de *cognitio causæ*, c'est-à-dire d'une particularité de procédure qui caractérise l'*i. i. r.* seule pendant l'année utile durant laquelle chaque moyen de protection garde ses traits distinctifs. Ainsi l'intention d'Ulpien se dégage avec assez de netteté. Le jurisconsulte détermine le sens du *ratum non habebo* parallèlement aux autres dispositions sur la *metus*. Il l'indique dans cette pre-

---

Hadrian bis Alexander[2], 1908, p. 104). Les anciens auteurs (Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*[7], 1867, I, p. 320, Spaltenstein, *Widereinsetzung*, p. 140) parlaient ici d'un rescrit d'Alexandre Sévère. Cette précision, nous le verrons, a son importance.

(1) Il convient de remarquer qu'Ulpien, dans ce passage, oppose toujours l'*i. i. r.* aux deux autres moyens *ob metum*, rapprochés pour former ensemble le deuxième terme de la comparaison. Ce procédé constitue un argument pour soutenir que notre édit ne vise pas plus l'action *metus* que l'exception; car s'il en était autrement, l'explication du *ratum non habebo* aurait conduit Ulpien à grouper l'*i. i. r.* et l'exception pour les comparer à l'action. En outre cette méthode indique l'intention d'Ulpien de prendre le rescrit impérial pour pivot de son commentaire; c'est sans doute la raison qui l'entraîne à passer, sans transition, de la phrase initiale à la distinction des *res perfectæ* et *imperfectæ*. Pour faire ressortir la portée de la solution contenue dans le rescrit, il juge convenable de définir tout d'abord ces termes.

mière partie de son commentaire sur les sanctions de la violence, où notre édit est toujours considéré comme un édit de restitution, avant de passer à l'explication de l'édit spécial concernant l'action *metus* (1). C'est donc bien uniquement de l'*i. i. r.* qu'il s'agit dans cette clause (2).

Les précisions, que nous avons essayé de donner à la portée de cet édit, n'ont pas un intérêt purement doctrinal ; elles aident surtout à discerner les applications de notre institution. Plus d'une fois, en effet, les textes signalent l'existence d'un secours fondé sur la *metus* en rapportant les termes mêmes de l'édit. Nous savons désormais que ces témoignages doivent être retenus pour la connaissance du domaine dans lequel fonctionne l'*i. i. r. ob metum*. La détermination de son champ d'application reste néanmoins délicate, à cause des sources peu nombreuses et peu sûres que nous possédons.

Il existe toutefois une matière qui n'offre pas de difficulté; ce sont les successions. Quand une hérédité est acceptée ou répudiée sous l'empire de la *metus*, celui qui n'a pas pris parti librement peut obtenir du préteur l'anéantissement de sa décision, la restitution du *jus abstinendi* ou de la qualité d'héritier. Le jurisconsulte Paul l'affirme en un langage qui n'est point équivoque (3).

Mais si nous passons sur le terrain des transferts de propriété, nous abordons une question plus discutée. Assurément

---

(1) Ulpien aborde une nouvelle division à la loi 9 § 7 *(D.* IV. II) comme l'ont fait ressortir Lénel *E. P.*², p. 110 et Girard, *Mélanges*, I, p. 263.

(2) Gradenwitz *(Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, 1887, p. 49 n. 1) distingue déjà nettement l'action *metus* et l'action du *ratum non habebo;* Karlowa *(R. R. G.*, II, p. 1064) donne expressément à notre édit une portée restreinte à l'*i. i. r.*

(3) *D.* IV. II. 21. 5 et 6 (Paul *l. 11 ad ed.) : Sed per prætorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur... Duplici via prætor mihi succurit : aut utiles actiones quasi heredi dando...* v. aussi *D.* XXIX. II. 85 (Papinien *l. 30 quæst.).* Schlossmann *(Zur Lehre von Zwange*, 1874, p. 94) qui donne à l'*i. i. r. ob metum* un champ d'application restreint, voit cependant des exemples de ce moyen de protection dans ces textes.

on conçoit ici sans peine le fonctionnement de l'*i. i. r.* La personne qui, cédant aux menaces exercées contre elle, se dessaisit d'une partie de son patrimoine, n'a rien de plus pressé, semble-t-il, après la cessation de la violence, que de récupérer les biens cédés. Notre procédure a justement pour effet de rescinder l'aliénation et de rendre, par suite, les attributs du droit de propriété, .avant tout la revendication. Seulement les textes qui paraîssent prévoir cette situation, se bornent à dire que la victime de la *metus*, en pareil cas, dispose d'une action *in rem*.

Des auteurs se sont alors demandé s'il s'agissait bien de la revendication; certains se sont refusé à le croire (1). L'étude des sources les a entraînés à prétendre que cette action *in rem* est attribuée à l'aliénateur violenté parce qu'il est resté propriétaire bonitaire ; qu'elle peut être intentée pendant un temps indéterminé ; qu'elle a sa formule dans l'édit perpétuel et ne suppose pas la rescision de l'aliénation; qu'elle n'est autorisée par la jurisprudence qu'après hésitation. Ils concluent que cette action doit être l'action publicienne.

Cette doctrine, qui aurait pour conséquence de ne pas reconnaître l'application de notre mesure en cas d'aliénation de propriété, ne paraît pas acceptable. Sa base manque de solidité : c'est une constitution de Gordien (2), où le bien aliéné est un fonds provincial, où par conséquent l'action *in rem*, dont dispose l'aliénateur, est la revendication spéciale ou la publicienne spéciale, qui sont l'une et l'autre fort mal connues. Nous ignorons si l'édit contenait ou non leurs formules, à supposer que le mot *formula* ait cette signification dans le passage invoqué (3). L'allusion à la perpétuité

(1) C'est la doctrine de MM. Schulin et Appleton. Leurs arguments se trouvent exposés dans Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne*, 1889, II, p. 101 et s.

(2) *C. J.* II. XIX (XX). 3 (Gordien). Les allusions au *præses provinciæ* ainsi qu'à la *præscriptio longi temporis* indiquent la nature provinciale du fonds aliéné.

(3) *Formæ edicti* signifie, dans notre texte, non pas formule pro

de l'action *in rem* n'est pas beaucoup plus convaincante; la publicienne, grâce à la *replicatio metus*, et même pour les fonds provinciaux sans son aide, a la durée des actions ordinaires; mais il est également possible que l'*i. i. r ob metum* soit accordée même après l'expiration de l'année utile (1).

C'est au Digeste qu'il faut chercher les principes fondamentaux de cette matière. La loi 9, § 4 (*D.* IV. II.) paraît les contenir : « *volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione* ». Ulpien continuant ici la comparaison de l'*i. i. r.* avec l'action et l'exception *metus*, oppose à ces dernières les moyens obtenus après rescision de l'aliénation, notamment l'action *in rem*. Ainsi rapproché du contexte, ce fragment ne peut souffrir d'autre explication. Il ne parle pas expressément de cette rescision, il est vrai (2); mais il était superflu d'ajouter après *in rem actio*, *rescissa alienatione*, comme *rescissa acceptilatione* explique *actio in personam*. Pourquoi préciser le sens d'*actio in rem* quand il n'a été question jusqu'alors que d'actions personnelles ? Au

---

posée dans l'édit, mais règles, prescriptions de l'édit (v. Heumann-Seckel, *Handlexikon*, *v° forma*, 1. e.).

(1) Erman (*Z. S. St.* 1892, p. 200) note en faveur de la perpétuité de l'*i. i. r.* : 1° l'*i. i. r.* a le même caractère réipersécutoire que l'action *metus* et cette dernière peut être intentée au delà de l'année utile; 2° Paul (*D.* IV. II. 21. 1.) affirme que le préteur ne ratifiera jamais ce qui a été fait sous l'empire de la *metus;* 3° par hostilité contre les extorsions des puissants, les empereurs ont bien pu prescrire la perpétuité de l'*i. i. r. ob metum*. Cet auteur ne croit d'ailleurs pas ces arguments suffisants pour ranger notre voie de recours, avec l'*i. i. r.* donnée en matière de *capitis deminutio*, au nombre des exceptions à la règle de l'annalité en usage dans le domaine de l'*i. i. r.* Le langage de Paul est cependant assez convaincant, puisqu'il reproduit, en les complétant, les termes mêmes de notre édit, qui, à notre avis, vise uniquement l'*i. i. r. ob metum*.

(2) Ce reproche est d'autant moins grave que le passage en question (*D.* IV. II. 9. 4.) a probablement été retouché. *Alia liberatione* est suspect pour la plupart des auteurs. Eisele (*Z. S. St.* 1892, p. 133) propose de remplacer ces mots par *nexi liberatione*. D'autres, ayant présumé la substitution de *traditio* à *mancipatio* dans les § 5 et 7 de la loi 9, pensent qu'Ulpien, au § 4, devait aussi donner la mancipation comme exemple d'aliénation extorquée. Un *rescissa mancipatione* dut être rayé et transformé en *alia liberatione*. (v. Erman, *R. gén.* 1891, p. 514).

contraire, pour éviter toute confusion entre l'action *metus* et les actions *in personam* susceptibles d'être rétablies par notre voie de recours, il fallait manifester l'intention de viser celles-ci et non celle-là. Il semble difficile de ne pas considérer cette action *in rem* comme l'action rescisoire qui donne son effet à l'*i. i. r.* S'il reste un doute à cet égard, la lecture d'un passage des Sentences de Paul (I. 7. 4) achève de l'effacer : « *integri restitutio aut in rem competit aut in personam. In rem competit, ut res ipsa qua de agitur revocetur* ». Et c'est à propos de la *metus* que Paul s'exprime de la sorte.

Que l'on n'objecte pas le *quia res in bonis est ejus qui vim passus est* de la loi 9, § 6. (*D.* IV. II), dans lequel on voudrait voir la preuve que cette action *in rem* est la sanction d'une propriété prétorienne. Les expressions d'Ulpien se concilient parfaitement avec le principe qu'il vient de poser au § 4. La rescision de l'aliénation fait rentrer la chose dans le patrimoine de l'aliénateur (1); c'est pour cette raison que l'action en revendication est possible de sa part.

Au surplus, il existe un argument décisif pour rejeter l'idée d'action publicienne comme remède des aliénations consenties par crainte : celui qui a cessé d'être propriétaire quiritaire sous l'empire de la *metus* n'est pas dans les conditions voulues pour intenter l'action publicienne. Pour obtenir gain de cause dans cette dernière, le demandeur doit être propriétaire en supposant accompli le délai d'usucapion. Or, dans notre cas, le demandeur n'est jamais en état d'être propriétaire après l'expiration du délai d'usucapion, puisqu'il a perdu son droit de propriété par une aliénation (2).

Les termes de l'édit sont trop larges pour ne pas comprendre des opérations aussi courantes que les aliénations de propriété entachées de *metus;* nous sommes assurés main-

---

(1) C'est bien le sens de *in bonis* dans la loi 9, § 6. Car Ulpien lui-même (*D.* L. XVI, 49.) dit que *bona* embrasse non seulement les choses à l'occasion desquelles on peut intenter la publicienne, mais encore les droits que l'on peut faire valoir par une action.

(2) Cette objection est présentée par M. Girard (*Manuel*[6], p. 358 n. 4); elle paraît décisive.

tenant qu'ils les visaient. Et quand Ulpien, suivi plus tard de l'empereur Gordien, utilise à ce propos une forme dubitative, il reflète simplement la mentalité de ceux auxquels l'*i. i. r.* procure le dédommagement du préjudice résultant d'une aliénation extorquée. Les victimes d'une violence ne trouvent dans l'édit aucun modèle de formule, fixant les conditions qui leur permettent d'obtenir satisfaction (1). Malgré la promesse du préteur, elles hésitent à s'adresser à lui sans avoir au préalable l'avis d'un jurisconsulte ou de l'empereur. D'ailleurs, à mesure que ce moyen de protection est moins usité dans la pratique, les intéressés éprouvent davantage le besoin de consulter les autorités qui peuvent les conseiller, avant d'avoir recours au magistrat. C'est sans doute pour ce motif, que les empereurs du III^me^ siècle eurent souvent à rappeler dans ce domaine l'existence du secours offert par notre édit, tantôt pour l'accorder au criminel qui aliène par crainte d'être dénoncé, tantôt pour rescinder les aliénations extorquées aux parents ou aïeux (2).

---

(1) Il en résulte pour le préteur une très grande liberté qui entraîne les parties à consulter avant de s'adresser au magistrat : ainsi s'expliquent l'*existimemus* d'Ulpien (*D.* IV. II. 9. 6.) et le *placuit* de Gordien (*C. J.* II. XIX. (XX) 3); v. Lénel, *E. P.*², p. 109 n. 3.

(2) *D.* IV. II. 7. 1. (Ulpien *l. 11 ad ed.*) : argument des mots *succurri per hoc edictum*. *C. J.* IV. XLIV. 1. (A. Sévère) argument des mots *ratum non habebitur*, allusion à la teneur de notre édit; des mots *auctoritatem interponet*, décision prise en vertu de l'*imperium;* de la restitution du prix, condition de l'intervention du magistrat. Le *restitutus* est toujours obligé de rendre le prix sans quoi il y aurait enrichissement pour lui (v. Solazzi, *B. Ist. D. R.* 1903, p. 145); ce n'est pas une question d'équité qui peut, suivant les cas, être tranchée dans un sens ou dans un autre, comme le prétend M. Lénel (*E. P.*², p. 423). *C. J.*, II. XIX (XX) 3. (Gordien) argument du renvoi à l'édit à propos d'une aliénation extorquée par *metus;* cet édit est certainement relatif à la *metus*, sans quoi des précisions auraient été données, et même à l'*i. i. r. ob metum* puisqu'il permet d'intenter une action *in rem* et subordonne la restitution au remboursement du prix. *C. J.* II. XIX (XX) 5. (Gordien) argument des mots *jurisdictionis tenore* allusion à la *cognitio causæ* (à rapprocher de *C. J.* VII. LXXII. 2. où se trouve la même expression en matière de *separatio bonorum)* et de *ut... in priorem statum revolvatur*, effet de l'*i. i. r.* Trois fragments d'Ulpien (*D.* IV. II. 23. 1 et 3 et L. XIII. 3, Ulpien *l. 5 op.)* mentionnent encore

A côté de cette application, les textes mentionnent brièvement les obligations contractées ou éteintes sous l'empire de la *metus*, les donations et les transactions effectuées par menaces (1); la personne lésée par l'un ou l'autre de ces actes peut demander l'*i. i. r.* pour ne pas subir un dommage injuste.

Le fragment d'Ulpien qui confirme, nous l'avons vu, notre interprétation du *ratum non habebo*, cite notamment un exemple d'obligation extorquée par violence qui mérite une attention particulière. Le rescrit de Caracalla, autour duquel gravitent les explications du jurisconsulte, vise la reconnaissance écrite d'une promesse arrachée par des Campaniens à quelque sujet de l'empire; il s'agit probablement d'une stipulation purement écrite (2). La victime s'adresse au souverain pour savoir comment elle peut sortir d'une situation aussi fâcheuse. Le prince répond qu'elle peut obtenir du préteur l'*i. i. r.*; il marque ainsi combien l'usage de notre institution est habituel dans le domaine des obligations. Mais cette personne n'eut pas, en fait, son obligation rescindée. Car, ayant comparu devant le préteur sans doute

---

des ordres de restitution intervenus à la suite d'aliénations consenties sous l'empire de la *metus;* mais il n'est pas facile de discerner si le *præses provinciæ* prend ces mesures au cours d'une procédure d'*i. i. r.* ou par voie de *cognitio extra ordinem.*

(1) *D.* IV. II. 7. 1. et 9. 3 et 4 (Ulpien *l. 11 ad ed.*); *C. I.* II. IV. 13 et II. XIX (XX) 7 (Dioclétien et Maximien). Ces deux derniers textes sont des applications du *ratum non habebo.*

(2) Dans *D.* IV. II. 9. 3. Ulpien parle de *cautio pollicitationis. Cautio* signifie l'acte écrit dressé en vue de la preuve (Heumann-Seckel, *Handlexikon*, *v° cautio*, 2.). *Pollicitatio* vise certainement une promesse obligatoire. Or une promesse unilatérale n'est obligatoire que dans des cas exceptionnels, notamment quand elle est faite à une cité. Il ne semble pas que ce soit le cas ici, car les Campaniens paraissent agir individuellement; et d'ailleurs la Campanie ne jouit pas de la personnalité morale, comme les cités (en sens contraire Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, 1906, I, § 59, n. 9). Il s'agit donc d'une promesse bilatérale, indiquant ordinairement qu'il n'y a pas eu stipulation conclue (Heumann-Seckel, *Handlexikon*, *v° pollicitatio).* Nous croyons même qu'Ulpien songe dans l'espèce à quelque stipulation purement écrite, dont la validité est admise sous Caracalla (Paul. *Sentences*, V. 7. 2.).

avec l'intention de se conformer à l'avis impérial, elle entend le magistrat, assisté d'Ulpien, lui assurer qu'elle peut, soit attaquer ses adversaires par une action dont la formule est proposée dans l'*album*, soit paralyser par une exception les poursuites qui seraient dirigées contre elle. En d'autres termes, l'*i. i. r.* n'est pas seule possible, l'action et l'exception *metus* assurent également une protection efficace et semblent même préférées dans l'espèce. Cette solution est d'ailleurs raisonnable ; les avantages de ces procédés sont faciles à découvrir. Tandis que l'*i. i. r.* aurait entraîné simplement une contrainte pour obtenir des Campaniens remise de la dette ; l'action, par la menace d'une condamnation au quadruple, aurait plus sûrement mené à ce résultat, elle aurait toujours, en cas de refus, infligé une peine aux coupables; l'exception, en permettant de ne pas exécuter, empêche au moins de supporter un préjudice. Les conséquences de l'action et de l'exception *metus* sont moins aléatoires que la pression à laquelle se réduit notre voie de recours.

Lorsqu'on réfléchit aux autres hypothèses rencontrées le plus fréquemment dans la pratique, on peut en relever un grand nombre où l'action et l'exception *metus* gardent une utilité plus réelle que l'*i. i. r.* En outre, l'absence de cet arbitraire, qui empêche de voir dans notre institution un moyen régulier de procédure, devait porter les plaideurs à rechercher une protection plus certaine, à demander l'action ou l'exception *metus*. Ainsi *l'i. i. r.* est peu à peu délaissée, et ne fonctionne que si la victime de la *metus* possède un véritable intérêt à choisir cette mesure. La doctrine moderne est en effet parvenue sans effort à dévoiler l'avantage qu'une partie peut trouver à réclamer l'*i. i. r.*, partout où les sources ont conservé la trace de son application. Cet intérêt est évident lorsqu'il s'agit de successions : l'*i. i. r.* rend ou efface *erga omnes* la qualité d'héritier; l'action et l'exception suppriment le dommage entraîné, dans des actes particuliers seulement, par une détermination entachée de violence. Il se rencontre en cas d'aliénation de propriété, où la personne lésée est mieux protégée par l'action réelle munie du droit de préférence que par l'action personnelle. On le conçoit

aussi dans le domaine des obligations où l'action du contrat, éteinte par *metus*, peut être garantie par des sûretés et se trouve moins incertaine que l'action *metus* (1).

Mais ces avantages ne sont notés ni par les jurisconsultes classiques ni par les empereurs. Rien n'autorise dès lors à les regarder comme la cause d'introduction de l'*i. i. r.* Si telle avait été l'intention du préteur, des traces en auraient subsisté sous une forme plus ou moins explicite. Notre moyen de protection aurait eu notamment, par rapport à l'action *metus*, un caractère subsidiaire qui ne paraît pas être le sien. L'affaire des Campaniens laisse entendre que la victime a le choix entre les diverses voies ouvertes contre la *metus*. Ulpien se charge même de l'exprimer d'une façon plus générale ; et son opinion est évidemment imbue des principes en vigueur au moment où l'édit recevait son application la plus exacte (2).

Ce concours des divers moyens *ob metum* a cependant un motif qui, n'étant pas expressément révélé dans les sources, doit être recherché dans une évolution historique seule capable de suppléer à l'absence de renseignements plus précis.

Nous savons approximativement à quelle date apparaît l'action *metus*. Créée peu avant 683 et connue encore à cette époque sous le nom de *formulâ octaviana*, cette action fut insérée la même année par Metellus dans son édit urbain (3). Pour l'*i. i. r.*, nous sommes moins documentés; elle existait, à Rome, au temps de Labéon (4); mais nous ne possédons aucune indication sur le préteur qui, le premier, l'adopta dans son édit. L'étude de son champ d'application peut du moins nous éclairer sur la marche suivie par notre institution à côté de l'action *metus*.

Or, de l'examen des textes auquel nous nous sommes livré,

---

(1) Les traités généraux de Droit privé romain indiquent ces divers avantages que l'on trouve notamment énumérés dans Cuq, *Manuel* p. 583 n. 1.

(2) *D.* IV. II. 9. 3. 4. 6 (Ulpien *l. 11 ad ed.*).

(3) Cicéron, *In Ver.* 3. 65. 152. V. Girard, *Manuel*[6], p. 426 n. 1 et Duquesne, *Cicéron, pro Flacco*, p. 30 n. 1.

(4) *D.* IV. II. 9. *pr.* (Ulpien *l. 11 ad ed.*).

il semble ressortir que : 1° l'édit sur l'*i. i. r.* dut embrasser, d'après sa teneur, tout ce qui a été fait sous l'empire de la *metus*, et les témoignages qui le concernent attestent encore son application dans toutes les grandes branches de l'activité juridique; 2° dans la pratique, l'action et l'exception *metus* paraissent avoir les préférences des parties et du préteur; ce dernier n'hésite pas à le manifester s'il y a lieu : nous l'avons vu dans le domaine des obligations; d'autre part, le fonctionnement de l'*i. i. r.* est devenu assez rare pour entraîner les compilateurs à nous présenter certaines de ses applications d'une façon confuse, comme nous l'avons constaté pour les aliénations de propriété.

Devant ces indices, on peut conclure avec certitude que les moyens ordinaires de procédure, bien loin d'avoir été renforcés par l'*i. i. r.* ont refoulé cette institution.

D'autre part, l'action *metus*, de nature pénale dès l'origine, instituée peut-être pour réprimer plus énergiquement la violence (1), n'apparaît pas comme une création rationnelle faite dans le but de supplanter l'*i. i. r.* Les deux institutions semblent être nées sous l'empire de préoccupations occasionnelles sans le souci de les coordonner entre elles.

Mais la promesse de l'action au titre *de in integrum restitutionibus*, qui s'explique difficilement sans l'existence préalable d'un édit sur l'*i. i. r. ob metum*, et cette tendance cons-

---

(1) Cicéron ne dit nulle part que la *formula octaviana* fut le premier remède contre la violence et laisse entendre que cette action fut créée comme action pénale, probablement pour permettre la poursuite des partisans de Sylla qui s'étaient rendus coupables de violence *(Ad Quint. fr.* I. 1. 7. 21 : *cogebantur sullani homines, quæ per vim et metum abstulerant, reddere).* Son champ d'application s'est progressivement étendu (v. Girard, *Manuel*[6], p. 427 n. 1.), à mesure qu'elle supplantait davantage l'*i. i. r.* peut-être. Aucun de ces renseignements ne permet de supposer que le caractère pénal ait été donné à l'action *metus* par l'*i. i. r.* Au contraire, on conçoit aisément que l'*i. i. r.* n'ait pas paru suffisante pour réprimer la violence, puisqu'elle est simplement destinée à corriger ses effets injustes; elle serait ainsi la voie intermédiaire qui mène à la répression pénale. Nous lui retrouvons précisément cette fonction, à l'époque où l'empereur l'utilise pour continuer l'œuvre du préteur, v. *infrà* p. 122 n. 1.

tante à refouler l'*i. i. r.* sont deux fortes présomptions en faveur de la postériorité de l'action *metus* à l'*i. i. r.* (1). Elles constituent, en tous cas, deux jalons qui déterminent, au développement des secours prétoriens accordés contre la *metus* une direction conforme dans son ensemble aux idées de Savigny.

2° *Le dol.*

Le dol a la même histoire que la *metus*. Constitué par des actes souvent moins apparents que les menaces ou la violence, il n'entre pas dans les prévisions du législateur primitif; l'ancien droit civil ne le réprime point. C'est au moment où le sentiment juridique des Romains devient plus affiné, que les manœuvres destinées à circonvenir, tromper ou décevoir quelqu'un apparaissent sous un jour répréhensible (2). Le préteur intervient alors et promet son aide aux personnes lésées par un dol comme il secourt les victimes d'une *metus*. L'action *de dolo* remonte à l'année 688; l'*i. i. r.* et l'exception sont connues de Labéon, contemporain d'Auguste (3).

Pour l'*i. i. r.*, nous avons de plus constaté son application très vraisemblable dès 690, en province. Et c'est à propos des rescisions de ventes opérées à cette date, que Cicéron, faisant allusion aux décrets rendus par les magistrats dans ces affaires, se demande : « *Quid ? Si non decrevisset, sed edixisset, quis posset vere reprehendere ?* (4) ». D'après l'acception la

---

(1) V. Girard, *Manuel*[6], p. 430 n. 1. à rapprocher de ce que nous avons dit p. 25 n. 4.

(2) Définition traditionnelle du dol, d'après Labéon (*D.* IV. III. 1. 2. Ulpien *l. 11 ad ed.*). Sur l'histoire du dol, voir le résumé donné par Cuq, *Manuel*, p. 581.

(3) *D.* IV. III. 1. 6 (Ulpien *l. 11 ad ed.*) et XLIV. IV. 4. (Ulpien *l. 76 ad ed.*).

(4) Cicéron, *Pro Flacco*, 31, 78 et l'interprétation donnée par Duquesne, *Cicéron, Pro Flacco*, p. 15 et 29.

plus juridique de cette phrase, Cicéron estime de même valeur les décisions prises en vertu d'un sénatus-consulte, comme c'est ici le cas, et les mesures analogues qui s'appuieraient simplement sur un édit. On l'a très justement remarqué, ce passage atteste que la promesse d'*i. i. r. ob dolum* ne figure pas encore dans l'édit du gouverneur de la province d'Asie. Mais il ne s'ensuit nullement que, soit à Rome, soit dans d'autres provinces, le préteur n'ait pas déjà formulé des promesses de ce genre. Et la réflexion se comprendrait même mieux, si l'orateur avait sous les yeux des exemples d'édits de *restitutio ob dolum*. Sans nous hasarder dans une voie hypothétique, il est permis, croyons-nous, d'affirmer que ce témoignage non seulement prouve l'emploi courant de notre institution, en province, à l'époque où il se place, mais ne s'oppose pas à l'existence d'édits antérieurs sur l'*i. i. r. ob dolum*.

Cette conclusion n'est pas contredite non plus, d'une façon formelle, par l'observation que suggère à Cicéron la situation des victimes du dol avant la création de l'action *de dolo*. Constatant l'impossibilité où se trouvait un chevalier romain de ne pas exécuter des actes entachés de dol, Cicéron remarque : « *Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus protulerat de dolo formulas* (1). Qu'il ait en vue l'action de dol, on ne saurait le nier. Mais il n'est pas indifférent de rencontrer à cet endroit le mot *formula*. Ce terme, en effet, vise dans la plupart des écrits de Cicéron, et notamment ici, la formule même de l'action (2). Il se peut très bien que l'existence de cette formule fasse considérer l'action *de dolo* comme le premier secours régulier, sur lequel on puisse compter. L'*i. i. r.*, au contraire, fonctionnait sans qu'aucune formule ne soit proposée dans l'édit (3); c'est une mesure de faveur

(1) Cicéron, *De of* éd. Holden, 3. 14. 60 et l'interprétation de Girard, *Mélanges* I, p. 87 n. 1 et *Manuel*[6], p. 430 n. 1.

(2) V. Duquesne, *La Translatio judicii*, 1910, p. 65 (Extrait des *Annales de l'Université de Grenoble*).

(3) En matière de *metus*, aucune formule n'était proposée à la suite de l'édit sur l'*i. i. r.*; il est permis de supposer qu'il en était de même en matière de dol.

qui n'a jamais complètement perdu ce caractère et qui devait le présenter surtout à l'époque de ses origines. Nous ne pensons donc pas que cette phrase contienne la preuve certaine de l'antériorité de l'action *de dolo* à l'*i. i. r. ob dolum.*

Les œuvres de Cicéron fournissent des données précieuses sur les moyens de protection contre le dol; elles permettent d'établir la date d'apparition de l'action *de dolo;* elles signalent le fonctionnement, en province, de l'*i. i. r. ob dolum* à une époque très voisine. Elles ne révèlent pas la place qui revient à notre institution par rapport aux autres remèdes prétoriens destinés à supprimer les effets du dol. Pour connaître le rôle propre de l'*i. i. r.*, nous sommes réduits à dénombrer pour le dol, comme pour la *metus*, ses applications telles que les commentateurs de l'édit et les constitutions impériales les ont conservées. Nos informations sont d'ailleurs rares, car les commissaires de Justinien ont supprimé du Digeste le texte de l'édit promettant l'*i. i. r.* pour cause de dol et la partie des commentaires consacrée par les jurisconsultes classiques à cet édit. On trouve seulement quelques fragments épars pour donner une idée de l'usage qu'en fit le préteur.

La procédure paraît être le domaine dans lequel notre institution a gardé son emploi le plus fréquent pour effacer les conséquences du dol. Celsus propose de rescinder un jugement sur une action *de peculio*, si le demandeur a été poussé par dol à choisir cette action de préférence à l'*action quod jussu* plus avantageuse pour lui (1). L'empereur Hadrien invite les magistrats à se servir de notre moyen pour ne pas maintenir les décisions provoquées par la déposition de té-

(1) *D.* XIV. V. 4. 5. (Ulpien *l. 29 ad ed.*) : « *sed si deceptus de peculio egit, putat Celsus succurrendum ei* ». Cette dernière expression est favorable à l'idée d'*i. i. r.* L'emploi du mot *deceptus* a fait naître un doute sur la cause de l'*i. i. r.* A la lumière des Basiliques *(Supplementum editionis Basilicorum*, Zachariæ a Ligenthal, p. 193, sch. 25 de Stéphane) on peut voir dans ce terme une allusion à la victime d'un dol (Ferrini, *Archivio giuridico*, 64, p. 82 n. 2; en dernier lieu Lévy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen in klassichen römischen Recht*, I, 1918, p. 154 et 157).

moins gagnés frauduleusement à la cause d'une partie (1). Ulpien conseille d'opérer la *translatio judicii* en faveur d'une personne dont le représentant, par une complaisance coupable, a laissé absoudre son adversaire (2). Marcellus enfin (*D.* IV. I. 7 .1.) pose en principe qu'il convient de *restituere litem*, quand il y a dol au cours d'un procès : « *etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere soleat* ».

Ces témoignages répétés démontrent l'utilité de l'*i. i. r.* en pareille circonstance. Ses avantages ressortent en effet du simple examen de son fonctionnement quand on le rapproche des complications qu'entraîne l'exercice de l'action *de dolo*. La victime d'un dol, qui voudrait emprunter la voie de l'action pour être dédommagée du préjudice résultant d'un jugement, devrait établir l'existence du dol, son influence sur la sentence et le montant de la perte subie. Ces preuves, parfois longues et délicates, équivalent à celles qui ont été exigées pour le procès et peuvent n'aboutir qu'au payement d'une indemnité. Il est bien préférable et plus simple de recouvrer directement la faculté de recommencer le procès, et d'avoir ainsi la possibilité d'obtenir la satisfaction même que l'on réclame en justice (3). Saisi d'une plainte de cette nature, le magistrat devait être porté à rescinder les jugements que l'une des parties prétendait défectueux; cette ligne de conduite était d'ailleurs digne d'approbation; Marcellus l'affirme : « *et boni prætoris est potius restituere litem, ut et*

---

(1) *D.* XLII. I. 33 (Callistrate *l. 2 cog.*) : « *et si qua a judice tam malo exemplo circumscripto judicata sunt, in integrum restitue* »; v. Windscheid, I, § 118 n. 6, Girard, *Manuel*[6], p. 430 n. 1. Seul Bekker (*Die Aktionen des römischen Privatrechts*, 1873, II p. 84 n. 25) ne croit pas que le dol soit ici la cause de l'*i. i. r.* Cependant la simple lecture de la phrase montre que la promesse de secours est précédée de la proposition conditionnelle qui fait allusion au dol.

(2) *D.* IV. III. 7. 9 (Ulpien *l. 11 ad ed.*); sur ce texte v. Duquesne, *Translatio judicii*, p. 116.

(3) V. Accarias, *Précis de Droit romain*[4], 1891, II, n° 840, a.

ratio et æquitas postulabit, quam actionem famosam constituere » (1).

Cette phrase, il est vrai, reçoit de quelques auteurs une tout autre interprétation (2). Pour eux, la partie saillante de ce texte est le rappel du caractère infamant de l'action *de dolo*. L'*i. i. r. ob dolum* serait le moyen approprié dans les procès, uniquement parce qu'elle n'entraîne pas l'infamie. Il paraissait excessif de faire subir cette déchéance à celui qui commettait un dol au cours d'un débat judiciaire. On déduit de cette constatation que l'action *de dolo* ne peut être intentée quand l'*i. i. r.* est susceptible d'être accordée, et que l'*i. i. r.* est refusée quand l'action *de dolo* est possible. Ces auteurs concluent que l'*i. i. r.* n'est pas un moyen général de protection contre le dol, sans quoi elle aurait presque totalement supplanté l'action *de dolo*, dont les textes font surtout mention. Le champ d'application de notre institution est donc étroitement limité; il ne dépasse pas le domaine de la procédure, dans lequel l'*i. i. r.* a son emploi expressément indiqué.

Nous l'avons vu, le fragment de Marcellus n'a pas, à notre avis, la portée qu'on prétend lui donner. Mais dût-on attacher une importance décisive aux mots *quam actionem famosam constituere*, on n'est pas autorisé à tirer de là toutes les conséquences que nous venons d'énumérer brièvement. Il est inexact de dire que son caractère infamant rende l'action *de dolo* subsidiaire; s'il en était ainsi, toutes les actions infamantes seraient subsidiaires; certaines comme l'action *injuriarum*, l'action *mandati directa*, l'action *pro socio*, ne le sont point. En réalité l'action *de dolo* ne semble pas subsi-

(1) De nombreuses traces d'interpolations ont été relevées dans ce texte (Beseler, *Beiträge*, II, p. 66, 95, 121). Mais l'allusion à l'action *de dolo* prouve qu'il s'agit d'un cas de dol et la phrase *potius restituere litem* paraît pure. Ces indications suffisent pour continuer à voir dans ce texte le passage fondamental de la matière à la suite de Burchardi, *Widereinsetzung*, p. 377, et Savigny, *Traité*, VII, p. 209.

(2) Windscheid, I, § 118, n. 6, préconise cette doctrine, soutenue avant lui par d'autres auteurs qu'il indique et encore assez répandue de nos jours (v. par exemple, Kretschmar, *Z. S. St.* 1919, p. 146).

diaire d'une façon absolue par rapport à l'*i. i. r.* Sans doute, le préteur accorde l'action de dol seulement *si alia actio non erit* (1); mais cette condition, insérée dans l'édit, n'atteint pas l'*i. i. r.*, car jamais cette procédure n'est qualifiée d'*actio*. Au surplus Marcellus montre avec trop d'insistance que la solution qu'il préconise est un simple conseil, dicté par l'équité, pour avoir le droit d'y voir une règle obligatoire : l'*i. i. r.* est la meilleure voie de recours dans le domaine des procès entachés de dol, l'action *de dolo* n'en est pas forcément exclue.

Il était indispensable d'élucider cette question, pour écarter la conclusion qui assigne à l'*i. i. r. ob dolum* un champ d'application nécessairement restreint. Dans la pratique notre institution était en usage même en dehors de la procédure. Malgré la suppression voulue des traces de notre moyen de protection, on arrive à trouver, dans les sources, quelques passages qui éclairent un peu ce terrain dont l'accès ne lui est pas interdit.

Deux constitutions de Dioclétien et de Maximien (2) méritent à ce propos une attention particulière. Elles accordent l'*i. i. r.* aux copartageants, lorsqu'il y a eu *fraus* ou mauvaise foi dans la *divisio*. On ne peut songer à voir dans cette application une extension récente de notre procédure; les empereurs la présentent comme le secours traditionnel promis en pareil cas. Et, lorsqu'on se reporte à l'époque classique pour se rendre compte des effets de l'*i. i. r.* dans cette hypothèse, on saisit facilement l'intérêt de cette constitution impériale. Les partages amiables alors n'étaient pas efficaces en eux-mêmes; ils devaient être soit coulés dans le moule d'une stipulation, soit opérés effectivement par des mancipations ou

(1) Le texte de l'édit sur l'action *de dolo* est rapporté par Ulpien au *l. 11 ad ed.* (*D.* IV. III, 1. 1.).

(2) Leur texte est reproduit dans la *Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti*, II, 6 : « *et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam majoribus in perperam factis divisionibus soleat subveniri, quod improbum atque inæquaeliter factum esse constiterit, in melius reformabit* »; 7 : *Si divisio... non bona fide facta est, etiam citra principalis auxilium...* (V. Girard, *Textes*[4], p. 619).

traditions respectives (1). Par suite, l'*i. i. r.* avait nécessairement pour objet de rescinder, non le partage, mais les obligations contractées ou les transferts de propriété réalisés. Ce texte prouve ainsi que le préteur se servait largement de notre voie de recours pour anéantir les conséquences du dol, et qu'il n'était pas gêné par la nature de l'acte dont la partie lésée avait à se plaindre. Cette décision atteste en même temps que notre institution tend à céder la place aux moyens réguliers de procédure partout où son maintien ne paraît pas indispensable. En effet, après avoir rappelé la coutume admettant pour les copartageants la possibilité de recourir à l'*i. i. r.*, les empereurs prescrivent de leur donner à l'avenir les actions en partage, réforme inspirée par les modifications survenues dans la notion même de partage. De la sorte, nous saisissons très nettement la diminution progressive des applications pratiques de l'*i. i. r.* sur un point spécial. Nous voyons en outre comment cette évolution a été pour ainsi dire couronnée par les rédacteurs du Code de Justinien, qui ont reproduit les constitutions de Dioclétien et Maximien en éliminant de leur contenu tous les vestiges d'*i. i. r.* (2).

Il est naturel dans ces conditions de rencontrer parmi les fragments du *Corpus juris civilis* des passages imprécis, qui ne mentionnent pas ouvertement les applications de notre voie de recours, mais doivent être néanmoins retenus pour savoir l'usage auquel servait l'*i. i. r. ob dolum*. On peut citer ainsi une autre constitution de Dioclétien et Maximien *(C. J.* II. LIII. (LIV) 3.) qui énonce le principe suivant : « *In contractibus, qui bonæ fidei sunt, etiam majoribus officio judicis causa cognita publica jura subveniunt.* » La raison, pour laquelle un secours doit être accordé, n'est pas exprimée. La bonne foi est la seule indication qui semble attirer l'attention des empereurs; ce sont sans doute les atteintes à cette bonne foi qu'ils veulent réprimer, eux qui considèrent « *con-*

(1) V. Karlowa, *R. R. G.* II, p. 457.

(2) *C. J.* XXXVIII, 3 (Dioclétien et Maximien); sur ce texte v. Audibert, *N. R. H.*, 1904, p. 433 et s.

trarium esse dolum bonæ fidei » (1). Quant au moyen promis, il ne peut être ni l'action du contrat qui fonctionne normalement sans *cognitio causæ*, ni l'action *de dolo* qui est écartée dans les contrats de bonne foi (2). Indépendamment des arguments tirés des expressions mêmes du texte (3), cette constitution paraît impliquer l'usage de l'*i. i. r. ob dolum* en matière d'obligations. On peut l'opposer à ceux qui soutiennent l'interdiction de demander notre moyen de protection dans le domaine des contrats de bonne foi. Et sa valeur est d'autant plus positive, qu'elle semble formuler une règle générale dont les jurisconsultes, Julien entre autres, et les empereurs nous ont conservé des exemples (4).

Cette survivance de l'*i. i. r.* à côté d'actions n'a rien de surprenant. Elle s'explique vraisemblablement, ici comme ailleurs, par les avantages qu'elle pouvait offrir aux parties; elle leur permettait peut-être de recevoir un secours quand le dol émanait d'un tiers.

Si nous mettons à part les renseignements de Cicéron qui

---

(1) *C. J.* IV. XLIV. 5 (Dioclétien et Maximien).

(2) V. par exemple une exception à la première règle dans *D.* XLII. I. 22. 1. (Pomponius *l. 21 ad Q. M.);* sur le second point v. Girard, *Manuel*[6], p. 431.

(3) V. Duquesne, *Cicéron, Pro Flacco*, p. 21 n. 2.

(4) *D.* II, X, 3. 1 (Julien *l. 2 dig.).* Ce texte, cité par M. Cuq *(Manuel* p. 585 n. 7) paraît bien contenir un cas d'*i. i. r. ob dolum*, mais pas un exemple de rescision de procès. Ce sont les droits, acquis par l'expiration des délais frauduleusement arrivés à terme, que l'*i. i. r.* anéantira. De la formule générale employée par Julien, on peut déduire que l'*i. i. r. ob dolum* servait à rescinder aussi bien une usucapion que la prescription d'une action contractuelle. *C. J.* IV. XLIV. 5 et 10 (Dioclétien et Maximien) contiennent également des applications d'*i. i. r.* (v. Burchardi, *Widereinsetzung*, p. 382 et Duquesne, *Cicéron, Pro Flacco* p. 21 n. 2). En rapprochant *C. J.* VIII. XLIII (XLIV) 3 de *D.* IV. III. 1. 7, on peut rattacher cette constitution de Dioclétien et Maximien à notre matière et croire que l'*i. i. r.* était donnée pour rescinder une stipulation aquilienne contractée par dol. Ce fragment sort des limites assignées aux contrats de bonne foi, comme l'extrait de Julien d'ailleurs. Mais l'affirmation de Dioclétien dans la constitution 3 *(C. J.* II. LIII. (LIV), en se confinant aux contrats de bonne foi, permet de penser qu'en dehors de ceux-ci, notamment dans les contrats de droit strict, il n'y avait pas d'hésitation.

ne résolvent pas les difficultés relatives aux origines de notre institution, nous apercevons le développement de l'*i. i. r.* traverser les mêmes phases dans le dol que dans la *metus* et correspondre ainsi aux conceptions de Savigny. Les témoignages clairsemés de son application n'empêchent point de présumer l'étendue de son emploi pour l'époque où le préteur plaça le dol au nombre des causes d'*i. i. r.* Cette disposition attire d'ailleurs bientôt la promesse d'une action (1), et tombe en désuétude insensiblement par suite de l'extension des moyens ordinaires de procédure. Les compilateurs, envisageant surtout le droit de leur temps, ne maintiennent plus que les institutions en vigueur; ils suppriment les traces de celles qui ont pour ainsi dire cessé d'être pratiquées. Leur procédé nous est révélé d'une manière particulièrement évidente à propos des partages : là, c'est l'action en partage qui refoule l'*i. i. r.* D'autres fois ce sont les actions des contrats entachés de dol; c'est principalement l'action *de dolo* elle-même qui devient le remède normal contre les dommages causés par le dol.

3° *La « fraus creditorum ».*

Malgré la pénurie des sources, nous avons pu nous faire une idée de l'*i. i. r. ob metum* et *ob dolum* semblant correspondre aux conceptions mêmes du préteur. Pour la *fraus creditorum*, nous possédons si peu de renseignements que les auteurs ne sont pas d'accord sur le nombre des sanctions destinées à punir ce délit (2). Il n'est pas douteux que le préteur ait mis un terme à la liberté pour un débiteur de créer

(1) Ce que nous avons dit pour la *metus* s'applique également au dol, v. *supra* p. 41 n. 1.

(2) V. l'opinion de la doctrine dans Solazzi, *L'éditto « de fructu prædiorum vendendo locandove »*, 1904, p. 20 n. 2 (Extrait des *Studi in onore di Vittorio Scialoja).*

ou d'augmenter sciemment son insolvabilité (1), comme il en avait mis un à la liberté de déterminer la volonté d'autrui par menaces ou par dol. Mais les moyens qu'il organisa sont difficiles à connaître parce qu'ils ont été fusionnés en un seul par les commissaires de Justinien.

La critique moderne est néanmoins parvenue à discerner l'existence d'un interdit et d'une action doublée d'une exception (2). La possibilité de recourir à l'*i. i. r.* est généralement admise aussi. Elle l'est d'autant mieux que la présence, au titre *de in integrum restitutionibus* de l'édit, d'une clause relative à la *fraus creditorum* n'est plus une conjecture totalement dépourvue de fondement. M. Girard, après une étude des abréviations de l'édit, rapportées par Probus (3), croit permis de marquer à cette place, après la rubrique du dol, une disposition perdue sur la *fraus creditorum*. Si la faculté d'obtenir l'*i. i. r.* pour rescinder les actes faits en fraude des créanciers est de ce fait moins problématique, l'incertitude règne toujours sur la fréquence et l'étendue de son usage.

Cette lacune serait à peu près comblée si nous connaissions les termes par lesquels le préteur s'engageait à intervenir.

---

(1) Sur les éléments constitutifs de la *fraus creditorum*, v. Girard, *Manuel*[6], p. 433.

(2) V. Lénel, *Palingenesia juris civilis*, II, p. 800, n[os] 1450-1454 et p. 853, n[os] 1640-1649.

(3) V. Girard, *Mélanges*, I, p. 187 et 191, et *Textes*[4], p. 144. Si les déductions, que M. Girard tire des abréviations de Probus pour reconstituer le plan de l'édit antérieur à Julien, sont très plausibles dans leur ensemble, la signification qu'il donne à chaque lettre contient toujours une très grande part hypothétique, en notre matière notamment. Le silence des commentateurs sur une clause relative à la *fraus creditorum* au titre *de in integrum restitutionibus* de l'édit, est une objection que l'on n'a pas manqué de faire à M. Girard (v. Riccobono, *B. Ist. D. R.* 1908, p. 109). Sans doute, l'édit sur le dol et son commentaire ont été supprimés par les compilateurs; mais du moins le dol est mentionné parmi les causes d'*i. i. r.* et nous trouvons, au titre *de in integrum restitutionibus* de l'édit, une disposition sur le dol dont la présence s'explique difficilement sans l'existence d'une clause aujourd'hui disparue sur l'*i. i. r. ob dolum*. Or la *fraus creditorum* n'est pas comptée parmi les causes d'*i. i. r.* et aucune autre disposition concernant la *fraus creditorum* ne se trouve au titre *de in integrum restitutionibus* de l'édit.

Une telle promesse nous aurait été transmise, d'après M. Lénel; elle se trouverait dans l'édit rapporté par Ulpien au début du titre *Quæ in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur* (1). D'après ce texte, le préteur assure, pendant un an, un secours contre les actes de *fraus creditorum* au *curator bonorum* ou aux créanciers. Quoique ce fragment soit suspect (2), il contient certainement, par les mots *actionem dabo*, l'annonce d'un moyen de protection déterminé. Comme l'expression technique pour introduire une action *(judicium dabo)* a subsisté dans la compilation de Justinien, elle ne devait pas figurer dans l'édit primitif en question, sans quoi elle aurait été maintenue (3). La terminologie *actionem dabo* cache par conséquent l'engagement de donner un secours autre qu'une action et dont il convenait d'effacer la trace. Une confirmation de cette opinion découle du langage même employé par les commentateurs de cet édit, qui ne parlent jamais d'accorder ou non l'action, mais disent seulement que l'édit s'applique ou non (4). Ce moyen doit être l'*i. i. r.*, dont l'existence est attestée par les Institutes de Justinien (IV. 6. 6.).

Une difficulté subsiste cependant; elle a son siège dans la dernière phrase de cet édit, qui semble étendre au *fraudator* lui-même le droit de réclamer le secours promis. Or, *l'i. i. r.*, demandée au nom du débiteur, ne peut être donnée contre

---

(1) *D.* XLII. VIII. 1 *pr.* (Ulpien *l. 66 ad ed.) : Quæ fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei cui de ea re actionem dare oportebit intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. Idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit servabo.*

(2) La phrase *vel ei... oportebit* est particulièrement suspecte : *dare* au lieu de *dari; vel* au lieu de *ve; oportebit* pour désigner soit une mesure d'équité, soit la création d'un droit nouveau, alors que le terme s'applique mieux à un droit déjà reconnu; périphrase anormale pour désigner les créanciers (V. Lénel, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schulders*, 1903, p. 5 et s.).

(3) Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, 1887, p. 103 et s. et Lénel, *Z. S. St.* 1888 p. 179 et s.

(4) V. Lénel, *E. P.*², p. 420. On trouve le mot *actio* dans la loi 6 § 11 et 13, mais il s'agit plutôt de l'extension de l'édit à l'égard des tiers que du commentaire de l'édit lui-même.

lui-même. Pour sortir de cette impasse, M. Lénel pense aujourd'hui (1) que cette phrase ne faisait pas corps avec l'édit; elle en était séparée par une explication que les commissaires de Justinien n'ont pas reproduite. Il comble cette lacune à l'aide de la loi 10, § 24 (*D.* XLII. VIII), qui s'occupe justement d'un secours accordé, après un an, contre le *fraudator;* cette action a pour objet de contraindre le débiteur à rapporter les biens aliénés frauduleusement et rentrés en sa possession. Comme notre édit, tel qu'on le lit au Digeste, vise, dans sa partie finale, un moyen applicable contre le *fraudator*, il a probablement en vue cet enrichissement éventuel du débiteur, que les compilateurs ont omis de mentionner (2).

Cette doctrine a trouvé, dans M. Solazzi, un adversaire qui paraît rallier la majorité des auteurs. Il ne conteste pas que l'édit, inséré par Ulpien au livre 66 *ad edictum*, ait été remanié (3); mais il estime que la phrase finale, dont on admet ordinairement la pureté de style, doit s'entendre d'après son sens naturel. Il rejette aussitôt la conjecture émise par M. Lénel pour l'expliquer différemment. La base, recherchée dans la loi 10, § 24, est fragile; car ce texte semble interpolé. On à peine en effet à trouver un exemple de cet enrichissement du débiteur qui nécessiterait la création d'une action spéciale. Si l'aliénation est simulée, sa nullité permet aux créanciers de comprendre dans leur gage les biens aliénés; si l'aliénation est sincère, les biens aliénés, qui seraient revenus en possession de l'aliénateur, et existeraient encore, font partie du gage des créanciers, et quand ils n'existent

(1) Les explications successives que M. Lénel a données à cette phrase sont reproduites dans *Die Anfechtung*, p. 11 et s.

(2) Quant aux motifs pour lesquels les compilateurs ont fait cette coupure, M. Lénel suppose que cette disposition leur paraissait étrangère au but de l'édit, ou qu'elle les embarrassait, ou qu'elle avait été transportée de l'édit sur l'interdit à notre édit par désir d'unification, v. Lénel, *Die Anfechtung*, p. 13.

(3) Les expressions *actionem dabo* et *vel ei cui de ea re actionem dare oportebit* lui paraissent suspectes, v. Solazzi, *Studi e documenti di Storia e Diritto*, 1901, p. 317 et *B. Ist. D. R.* 1903, p. 161.

plus, il n'y a pas enrichissement du débiteur. D'autre part, cette action n'est ouverte qu'après un an et pas avant; c'est une particularité inexplicable. Les Romains, qui ne perdaient pas de vue l'utilité pratique des moyens juridiques, n'ont vraisemblablement pas donné dans des conditions aussi singulières une action aux créanciers d'un débiteur insolvable. Quant au lien qui unirait ce fragment à notre édit, il paraît établi dans le seul but d'éviter l'interprétation d'après laquelle l'*i. i. r.* serait accordée contre le *fraudator* (1). En réalité, c'est bien contre le débiteur que peut être exercé le secours de cet édit; les sources gardent un exemple concret de cette application de l'édit qui confirme expressément cette manière de voir (2). Mais alors le moyen promis n'est pas l'*i. i. r.*, c'est une action, l'action Paulienne d'après l'opinion traditionnelle. Lorsqu'on lit les commentaires de cet édit, on s'aperçoit d'ailleurs que le secours en question est, à plusieurs reprises en effet, présenté comme un moyen de procédure qui compète de plein droit (3).

Si l'effort tenté par M. Lénel demeure infructueux, la prin-

---

(1) V. Solazzi, *B. Ist. D. R.* 1903, p. 138 et 142. Les raisons, pour lesquelles M. Lénel suppose que les compilateurs n'ont pas reproduit dans notre édit le motif de l'action donnée contre le *fraudator*, sont peu satisfaisantes. Il est à peine vraisemblable de penser que les compilateurs aient déplacé d'un endroit à un autre des termes dont ils ne comprenaient pas la signification.

(2) *D.* XLII. VIII. 12 (Marcellus *l. 18 dig.*). M. Lénel n'admet pas que l'on puisse invoquer ce texte à l'appui de l'opinion adverse, sans s'expliquer à son sujet (*E. P.*², p. 423 n. 3). Cependant Marcellus affirme dans ce passage que le moyen accordé par notre édit peut être donné contre le père quand le fils agit en fraude des créanciers du pécule. M. Solazzi fournit encore d'autres arguments : il fait remarquer que le moyen de notre édit n'entraîne pas obligatoirement la restitution du prix, ce qui devrait être une conséquence de l'*i. i. r.* (*D.* XLII. VIII. 7. Paul *l. 62 ad ed.* — v. *supra* p. 36 n. 2.); il invoque enfin la loi 25, § 7 (Venuleius *l. 6 Interd.*) mais reconnaît qu'elle n'est pas décisive. (v. Solazzi, *B. Ist. D. R.* 1903, p. 130-131 — Girard, *Manuel*⁶, p. 437, n. 3).

(3) *D.* XLII. VIII. 6. 11 = *actio erit danda;* 6. 12. (Ulpien *l. 66 ad ed.*) *dominus teneretur... cum teneri... suo nomine convenietur;* 9 (Paul *l. 62 ad ed.*) *conveniri potest... non teneri eum... tenebitur;* 12 (Marcellus *l. 18 dig.*) = *habebunt actionem.*

cipale ressource pour démontrer l'existence d'une *i. i. r. ob fraudem creditorum* est le § 6 du titre *De Actionibus* des Institutes de Justinien (IV. 6.). Ce passage décide qu'après une tradition de biens faite en fraude des créanciers, ces derniers ont la faculté d'obtenir la rescision de la tradition afin de pouvoir réclamer, par l'action *in rem*, les biens aliénés. Pour les romanistes, cette solution est une adaptation du droit classique (1) aux usages du Bas-Empire, qui reconnaissait dans la tradition le mode normal de transfert de propriété; elle implique le fonctionnement de l'*i. i. r.* à l'occasion de l'une des principales fraudes que puisse commettre un débiteur à l'égard de ses créanciers : une aliénation de biens lui appartenant.

Cette explication du texte des Institutes aurait reçu peut-être une approbation unanime, si la portée de ce fragment n'avait été obscurcie quelque peu par certains développements destinés pourtant à l'éclaircir. La Paraphrase grecque, attribuée à Théophile (2), rapporte cet exemple d'action *in rem*, donnée, d'après Justinien, aux victimes d'une aliénation frauduleuse; mais elle ajoute que cette action est appelée Paulienne. La présence de ce nom remet immédiatement en mémoire l'action personnelle, *in factum*, accordée pour protéger les créanciers contre tous les actes frauduleux de leur débiteur et communément appelée par les interprètes action Paulienne. Penser que le texte des Institutes parlait de cette action et la qualifiait par erreur d'action *in rem* est une déduction qui vient facilement à l'esprit et prive du même coup l'*i. i. r. ob fraudem creditorum* de son point d'appui le plus important.

---

(1) Un jurisconsulte classique aurait parlé d'une mancipation frauduleuse, car avant Justinien la tradition est une simple remise de possession, qui n'a pas besoin d'être rescindée; il n'aurait pas accordé le droit d'agir aux créanciers eux-mêmes et aurait employé d'autres expressions pour indiquer la fiction de la formule (v. Lénel, *Die Anfechtung*, p. 9).

(2) Théophile, *Paraphrase des Institutes* IV, 6. 6. L'expression se trouve également dans les *Glossæ verborum juris* (Otto, *Thesaurus juris romani*, *Trajecti ad Rhenum*², III, 1733, col. 1740).

Elle est formulée par M. Solazzi (1), d'autant plus naturellement que cet auteur ne classe pas l'*i. i. r.* parmi les remèdes généraux donnés contre la *fraus creditorum*. Pour lui, cette institution ne peut pas fonctionner ici parce qu'elle n'obéirait pas aux règles qui la régissent. Tandis que cette procédure vient toujours en aide au titulaire du droit perdu, dans notre domaine elle secourrait une personne distincte de celle qui avait le droit aliéné dans son patrimoine. Si le *curator bonorum* ou les créanciers étaient à même de demander l'*i. i. r.*, ils agiraient en propriétaires de biens qui ne leur ont jamais appartenu. Et le résultat de cette voie de recours serait d'investir les créanciers d'un droit de propriété sur les choses aliénées frauduleusement, alors qu'ils ne deviennent jamais propriétaires des biens restés dans le patrimoine du débiteur.

Il faut convenir que l'emploi de notre moyen de protection serait inadmissible s'il entraînait de telles conséquences pour les créanciers frustrés. Mais un examen plus attentif des conditions dans lesquelles l'*i. i. r.* pourrait servir à réparer les dommages causés par les aliénations frauduleuses d'un débiteur, fait apparaître notre institution sous un jour moins étrange. On ne doit pas oublier que l'*i. i. r.* est demandée nécessairement après la *missio in possessionem* (2); à ce moment seulement est connu l'état d'insolvabilité du débiteur. Et cette mesure a pour effet de permettre aux créanciers l'exercice des droits appartenant à leur débiteur. A ce titre, les créanciers peuvent sans difficulté se présenter en vue d'obtenir l'*i. i. r.;* ils sont dans la situation du *cognitor* vis-à-vis de la personne représentée. Comme il n'y a représentation parfaite ni dans un

---

(1) V. Solazzi *(B. Ist. D. R.* 1903, p. 147) qui s'inspire en partie de Huschke *(Z. R. G.* 1870, p. 344).

(2) Cette question ne semble plus discutée de nos jours; les auteurs sont au contraire assez divisés sur le point de savoir si les moyens *ob fraudem creditorum* peuvent être exercés aussitôt après la *missio in possessionem* ou seulement après la *venditio bonorum* (v. Solazzi, *B. Ist. D. R.* 1903, p. 148 n. 1; Lénel, *Die Anfechtung*, p. 14; Girard, *Manuel*[6], p. 436, n. 3).

cas ni dans un autre, la procédure est entreprise par le représentant *alieno nomine*. C'est cependant toujours le droit du représenté qui est déduit en justice; ce droit ne passerait sur la tête du représentant qu'après consentement du représenté (1). Sans accord préalable, la présence d'un *cognitor* ne change nullement le sujet d'un droit. L'*i. i. r.* réclamée par les créanciers au nom du débiteur fait rentrer, dans le patrimoine de ce dernier, les biens qui en étaient sortis frauduleusement. Mais ces biens serviront au désintéressement des créanciers de la même façon que l'ensemble du patrimoine destiné à constituer leur gage.

Le fonctionnement de l'*i. i. r. ob fraudem creditorum* ne rencontre par conséquent aucun obstacle insurmontable. Puisqu'il est attesté par les Institutes de Justinien, il était très probablement déjà connu par le droit classique. On avait, il est vrai, quelque raison de supposer que les rédacteurs du § 6 (Institutes IV. 6.) voulaient simplement faire allusion à l'action Paulienne (2). De récents travaux sur l'origine de cette dénomination enlèvent à cette conjecture sa plus grande part de vraisemblance (3).

L'étude des quatre passages, qui seuls mentionnent le nom de Paulienne, invite à conclure que ce nom, créé par un glossateur postérieur au Digeste, se retrouve dans la Paraphrase grecque comme glose dérivée de la glose byzantine. De là résultent l'inexistence absolue de la Paulienne *in rem*, ignorée tout à la fois des Institutes de Justinien et de la Para-

---

(1) V. Girard, *Manuel*[6], p. 745 et 1044.

(2) Paul (*D.* XXII. I. 38. 4, Paul *l. 6 ad Plaut*), voulant indiquer dans quelle mesure le demandeur de l'action Paulienne obtient satisfaction dit : « *Prætor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset.* » Ce résultat peut facilement être confondu avec celui qui découle de l'*i. i. r.*

(3) M. Collinet (*N. R. H.* 1919, p. 187 et s.) paraît avoir démontré l'origine byzantine du nom de la Paulienne et conclut que l'action, ainsi nommée, devrait être appelée action révocatoire. Il pense cependant que les juristes continueront à préférer le nom de Paulienne. Il paraît ainsi tacitement autoriser la dénomination traditionnelle que nous nous permettons dès lors d'employer encore.

phrase dans son texte original, et, par contre-coup, la distinction très nette de l'action personnelle révocatoire *in factum* et de l'action *in rem* rescisoire (1).

Cette dernière est bien le moyen rendu possible par l'*i. i. r.* Les expressions employées par les commissaires de Justinien conservent même des indications qui correspondent tout à fait aux particularités de notre institution. L'exercice de l'action *in rem* ne semble pas appartenir de plein droit aux créanciers *(permittitur);* il suppose la rescision de l'aliénation. L'éclaircissement apporté par le texte à cette rescision semble être l'écho de la fiction contenue dans la formule : le bien est revendiqué comme s'il n'avait pas été livré par le débiteur.

En outre, il ne faut pas omettre de rapprocher le § 6 de celui qui précède dans les Institutes. Or, le § 5 rappelle un exemple certain d'*i. i. r.*, en mentionnant le secours accordé contre les absents *reipublicæ causa* ou les captifs : à la personne injustement dépouillée de son bien, *permittitur... rescissa usucapione eam (rem) petere ut dicat possessorem usu non cepisse et ob id suam rem esse.* Le § 6 contient des termes symétriques : *permittitur... rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse.* La *fraus creditorum* est la cause d'une action *in rem* rescisoire, comme peut l'être l'absence; dans les deux cas, c'est l'*i. i. r.* qui permet d'intenter cette action.

Ainsi l'*i. i. r. ob fraudem creditorum* a, dans les Institutes de Justinien, un point d'appui suffisant pour attester son fonctionnement. Comment les rédacteurs de ce manuel n'ont-ils pas supprimé les vestiges de notre institution avec le même soin qu'au Digeste ? On a peine à l'expliquer; c'est peut-être faute d'avoir vérifié scrupuleusement la concordance des deux ouvrages, que les commissaires de Justinien ont maintenu, dans les Institutes, une application d'*i. i. r.* motivée par la *fraus creditorum.*

Une telle négligence est d'autant moins surprenante que

---

(1) V. Collinet, *N. R. H.* 1919, p. 206 et 207.

les rédacteurs du Digeste eux-mêmes, malgré leur volonté de ne laisser subsister qu'un seul moyen contre la *fraus creditorum*, semblent avoir oublié d'effacer, en dehors du titre consacré à cette matière, un exemple au moins d'*i. i. r.* donnée pour cette cause.

Dans un extrait d'Ulpien (*D.* XLII. V. 8. 1.) concernant les fruits qui proviennent des biens du débiteur, sur lesquels porte la *missio in possessionem* obtenue par un créancier, on lit cette phrase : « *Nam si jam a debitore vel locatus erat vel venierat, servabit prætor venditionem et locationem a debitore factam, etsi minoris distractum est vel locatum, nisi si in fraudem creditorum hoc fiat : tum enim prætor arbitrium dat creditoribus ut ex integro locationem vel venditionem faciant* » (1). Les ventes ou louages de fruits, effectués en fraude des créanciers, ne sont pas conservés; les créanciers peuvent procéder de nouveau à cette vente, à ce louage. C'est le but propre de l'*i. i. r.* de permettre ainsi le renouvellement d'actes valables *jure civili*, tandis que l'interdit fraudatoire aurait pour objectif immédiat d'assurer la possession des biens aliénés, et l'action Paulienne tendrait directement à la réparation du préjudice causé.

De plus, cette faculté ne se présente pas sous la forme d'un droit concédé par une disposition édictale qui s'applique pour ainsi dire automatiquement, elle découle avant tout de la volonté du préteur; c'est lui qui, s'il y a eu *fraus creditorum*, apporte une exception à la règle de droit commun en appréciant souverainement les raisons alléguées par la partie frustrée; c'est lui qui détient le pouvoir d'autoriser dans chaque cas particulier, soit une nouvelle vente, soit un nouveau louage. L'action du préteur, mise en relief par Ulpien, est

(1) C'est M. Solazzi (*L'editto de fructu prædiorum*, p. 18 et s. principalement) qui attira l'attention sur ce texte, dans lequel il voit un cas d'*i. i. r.* Son opinion mérite d'autant plus de considération qu'elle émane d'un des rares auteurs qui nient l'existence d'une clause édictale sur la *fraus creditorum*. Pour nous, ce texte se rattache naturellement à la disposition relative à la *fraus creditorum*, par laquelle le magistrat promit, d'une façon restreinte peut-être, l'*i. i. r.* dans ce domaine.

précisément le trait saillant de l'*i. i. r.*, procédure dans laquelle l'influence personnelle du magistrat joue le premier rôle.

Somme toute, les compilateurs de Justinien n'ont pas réussi à cacher entièrement les divers procédés utilisés par le magistrat pour la répression de la *fraus creditorum*. Et quoiqu'ils aient effacé les traces d'*i. i. r.* à peu près complètement, le fonctionnement de l'*i. i. r.* dans notre domaine est cependant attesté par quelques exemples, où la majorité de la doctrine reconnaît des applications d'*i. i. r. ob fraudem creditorum*. Ces témoignages suffisent-ils pour affirmer que notre délit fut une cause régulière et générale d'*i. i. r.* à l'égal de la *metus* et du dol ? Nous avons peine à le croire, car il aurait survécu dans l'édit au moins comme l'*i. i. r. ob dolum*, c'est-à-dire en attirant au titre *de in integrum restitutionibus* les autres dispositions prises contre la *fraus creditorum* (1). La victime avait ici, dans l'interdit, une protection supplémentaire. Il est possible que la disparition d'une clause relative à l'*i. i. r.* tienne à cette particularité. Dans tous les cas, il est bien difficile d'admettre que le secours de l'*i. i. r.* soit postérieur à l'interdit comme à l'action, dont les commentaires figurent au Digeste (2). On concevrait plutôt que ces deux moyens aient permis aux victimes de se passer de l'*i. i. r.*, et qu'ils aient peut-être arrêté ainsi le développement de notre institution. Si néanmoins cette voie était parfois employée, c'est qu'elle pouvait conserver exceptionnelle-

(1) Certains auteurs, ayant peut-être, comme nous, l'impression que l'*i. i. r. ob fraudem creditorum* avait un champ d'application limité, ont proposé d'y voir simplement une application de l'édit sur le dol (Vangerow, *Pandekten*[7], I, p. 301; Sintenis, *Civilrecht*[2], 1860, I, p. 375; Baron, *Pandekten*[9], 1896, p. 213 n. 2). Mais il paraît difficile de comprendre la *fraus creditorum* dans les cas prévus par l'édit sur le dol; car la *fraus creditorum* ne suppose pas toujours un dol, elle est réprimée par une action distincte de l'action *de dolo;* elle est enfin commise par celui-là même au nom duquel l'*i. i. r.* peut être demandée, or la victime d'un dol, pour invoquer l'édit sur le dol, doit vraisemblablement être lésée sans sa faute (*D.* IV. I. 7. 1. *Marcellus, l. 3 dig. :* « *etenim deceptis sive culpa sua* »).

(2) C'est l'opinion de Dernburg-Sokolowski, *System des römischen Rechts*, 1912, II, p. 846.

ment un avantage : elle rendait, quand, par exemple, l'acquéreur du débiteur était lui-même insolvable, une action *in rem* à la personne lésée, qui avait une plus grande certitude d'obtenir satisfaction de cette manière (1).

4° *La « capitis deminutio ».*

Depuis plusieurs années, la *capitis deminutio* est soumise au plus minutieux examen (2), et ces recherches ont pour conséquence de modifier, dans une certaine mesure, son aspect général. Les sujets qui touchent à cette matière ont de ce fait un intérêt particulier. C'est le cas des sanctions destinées à supprimer les injustices nées de la *capitis deminutio*, sanctions au premier rang desquelles figure l'*i. i. r.*

L'anéantissement de l'individualité juridique, qui se rattache à la notion de *capitis deminutio* (3), entraîne l'extinction des éléments passifs qui composent le patrimoine du *capite minutus* et ne sont pas inséparables de sa personne physique (4). En conséquence, les droits acquis par les tiers sur ce patrimoine disparaissent, sans obliger personne à répondre des charges qui en découlent. De là résulte un

---

(1) Savigny (*Traité*, V, p. 28 n. r.) avait déjà noté cet avantage.

(2) Il s'agit des travaux auxquels se livre M. Desserteaux; ses *Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio* traitent des cas et des sources dans la première partie parue en 1909, de l'évolution et des effets de la *capitis deminutio* dans la deuxième en cours de publication (1er fascicule publié en 1919).

(3) Des travaux cités dans la note précédente, il semble résulter que la *capitis deminutio* n'engendre pas elle-même des effets propres et positifs. Cette conception paraît contenir une part suffisante de vérité pour nous engager à modifier légèrement la définition que l'on a coutume de donner de la *capitis deminutio*.

(4) Cette idée, qui ne reproduit pas la pensée des jurisconsultes romains, a l'avantage d'expliquer commodément la survivance de certains droits sur la tête des *capite minuti* (v. Girard, *Manuel*[6], p. 197).

préjudice immérité, que le magistrat s'est efforcé de réparer. Il promet un *judicium* à tous ceux qui ont conclu des actes juridiques avec des *capite minuti*, antérieurement à la *capitis deminutio;* l'exercice de ce moyen de protection suppose la rescision de la *capitis deminutio* par voie d'*i. i. r.* (1).

A lire la rédaction générale de l'édit, on s'imaginerait volontiers que l'*i. i. r.* est accordée quel que soit l'événement d'où provienne le dommage : perte du *status libertatis*, *civitatis* ou *familiæ*. Ulpien déclare cependant de façon formelle que « *pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones quæ salva civitate contingunt* » (2). Et les auteurs sont unanimes à ne pas comprendre la *capitis deminutio maxima* et la *capitis deminutio media* dans la sphère d'application de notre édit (3).

L'une et l'autre ont parfois des effets aussi peu équitables que la *capitis deminutio minima*. Celui qui possède des droits sur le patrimoine d'une femme libre, tombée en esclavage par application du sénatus-consulte Claudien, par exemple, mérite une protection au même titre que le créancier d'une femme *sui juris*, passée sous la *manus* de son mari. Le préteur n'a pas négligé les situations de ce genre; mais il se contente de donner, en cas de *capitis deminutio maxima* ou *media*, une action utile *in eos, ad quos bona pervenerunt*, avec *missio in possessionem* s'ils refusent de défendre à l'action (4).

Les romanistes ont scrupuleusement recherché pourquoi le magistrat ne promet pas le même secours, partout où la

---

(1) C'est ce qui résulte des termes mêmes de l'édit : « *Qui quæve, posteaquam quid cum his actum contractumve capite deminuti deminutæve esse dicentur, in eos easve, perinde quasi id factum non sit, judicium dabo (D.* IV. V. 2. 1., Ulpien *l. 12 ad ed.).*

(2) *D.* IV. V. 2 *pr.* (Ulpien *l. 12 ad ed.).*

(3) Seul Voigt *(Jus naturale*, 1875, III, p. 685 et s.) a soutenu l'application de notre édit dans un cas de *capitis deminutio media.* Depuis la réfutation de cette doctrine par H. Krueger *(Geschichte der Capitis deminutio*, 1887, p. 8), aucun auteur n'a tenté de contredire le langage si net d'Ulpien.

(4) *D.* IV. V. 2 *pr.* (Ulpien *l. 12 ad ed.).*

capitis deminutio nécessite l'intervention prétorienne. Karlowa soutient que la *capitis deminutio* seule peut être rescindée par l'*i. i. r.* (1). M. Desserteaux, s'inspirant d'idées émises avant lui, démontre que les textes invoqués par Karlowa ne prouvent nullement l'impossibilité absolue du fonctionnement de l'*i. i. r.* après la *capitis deminutio maxima* et *media* (2).

Un certain nombre de ces fragments, à notre avis, fournissent toutefois une indication : l'*i. i. r.* ne serait pas possible, après *capitis deminutio maxima* ou *media*, dans les conditions fixées par l'édit applicable à la *capitis deminutio minima*, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas se manifester par l'exercice d'une action contre les *capite minuti* eux-mêmes (3). Cette décision paraît d'ailleurs assez judicieuse, lorsqu'on envisage les conséquences qu'aurait eues notre édit dans le domaine de la *capitis deminutio maxima*. S'il fallait diriger, contre le *capite minutus*, l'action rendue par le préteur, on serait amené à mettre en cause un esclave, à le faire participer au procès. Un tel résultat dut sembler exorbitant au magistrat qui, dès lors, n'a point voulu donner le secours de notre édit aux personnes lésées par une *capitis deminutio maxima*. On croirait trouver un écho de cette préoccupation dans le passage où le jurisconsulte Paul (*D.* IV. V. 7. 2) dit : « *nulli restitutioni adversus servum locus est : quia nec prætoria jurisdictione ita servus obligatur ut cum eo actio sit* ». Quant à l'*amissio civitatis*, elle est traitée par équité de même manière que l'*ademptio*

(1) Karlowa, *Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozess*, 1865, p. 138 n. 49.

(2) C'est du moins l'idée qui paraît ressortir des explications de M. Desserteaux. Elle est énoncée dans *Formation historique de la capitis deminutio*, I, p. 88. Toutefois, l'auteur dit à la page 78 : « Il est de principe qu'en cas de perte de la *civitas libertasque* aucune *restitutio in integrum* n'est possible »; à la page 89, qu'il est contraire aux textes d'admettre que le préteur accordait la *restitutio in integrum* en dehors de la *capitis deminutio minima*.

(3) M. Lénel (*E. P.*², p. 115 n. 4) remarque très justement que, dans les divers textes cités par Karlowa, c'est la personne contre laquelle il faudrait intenter l'action rescisoire qui rend impossible l'emploi de l'*i. i. r.*

libertatis (1). Cette solution s'explique aisément quand on remonte aux origines de ces notions. Primitivement, la perte de la *libertas* était une conséquence de la perte de la *civitas* (2). Lorsque la possibilité de perdre séparément la *libertas* et la *civitas* fut reconnue, le préteur plaça l'une et l'autre sous le même régime.

Ainsi la *capitis deminutio maxima* et la *capitis deminutio media* sont restées hors de la sphère d'application de l'édit *de capite minutis*. Mais rigoureusement parlant, aucun texte n'interdit de soutenir que le préteur accordait l'*i. i. r.* en dehors de la *capitis deminutio minima*. Et rien dans les sources ne s'oppose à la conjecture, émise par Huschke et plus tard adoptée par M. Lénel (3), en vertu de laquelle l'action utile, donnée contre ceux *ad quos bona pervenerunt*, est conçue d'après la *formula Rutiliana*, c'est-à-dire qu'elle comporte la rescision de la *capitis deminutio*.

Il faut pourtant noter que c'est une simple hypothèse, dont peut fort bien s'écarter la réalité. Au fond, la doctrine généralement admise, d'après laquelle l'*i. i. r.* est exclue du domaine de la *capitis deminutio maxima* ou *media*, paraît tenir un compte plus exact des conceptions prétoriennes. Indépendamment des raisons de fond qui restreignent la portée de notre édit à la *capitis deminutio minima*, le magistrat n'aurait pas employé des termes généraux dans un édit de restitution fait pour une seule catégorie de *capite minuti*, s'il avait désiré promettre le même secours par d'autres dispositions dans les autres espèces de *capitis deminutiones*. Ou bien il aurait rendu plusieurs dispositions spéciales dont l'objet serait limité, ou bien il aurait formulé une seule prescription générale embrassant toutes les *capitis deminutiones*. Si le

---

(1) *D.* IV. V. 7. 3. (Paul *l. 11 ad ed.*) : *Item cum civitas amissa est nulla restitutionis æquitas est adversus eum qui amissis bonis et civitate relicta nudus exulat.* Le fragment d'Ulpien (*D.* IV. IV. 9. 4.) peut être écarté du débat comme l'indique M. Desserteaux (*Formation historique de la c. d.* I. p. 87).

(2) Mommssen, *Dr. pub.* VI. 1. p. 69.

(3) Huschke, *Uber das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht*, 1846, p. 159 n. 229; Lénel, *E. P.*², p. 115.

préteur, au moyen de l'édit *de capite minutis* tel que nous le connaissons, accordait l'*i. i. r.* par des expressions générales, seulement en matière de *capitis deminutio minima*, il pensait probablement que notre voie de recours n'était pas possible dans les autres *capitis deminutiones* (1). Quoique les textes ne témoignent pas de cette intention avec certitude, ils interdisent d'autant moins de la présumer, que le refus d'appliquer l'édit *de capite minutis*, motivé par l'empêchement tenant à la personne même des *capite minuti*, suffisait peut-être aux yeux du préteur pour écarter toute idée d'*i. i. r.* dans les cas non prévus par notre édit.

Avec l'opinion courante, nous estimons qu'il y eut sur la *capitis deminutio* un seul édit de restitution (2) et que cet édit intéressait uniquement la *capitis deminutio minima*. Du moins, dans ce domaine, le préteur a-t-il utilisé l'*i. i. r.* comme le remède de droit commun, susceptible d'être demandé quel que soit l'événement d'où résulte la *capitis deminutio minima*, et quel que soit l'acte devenu préjudiciable par l'arrivée de cet événement.

Sur ce dernier point, l'édit emploie des termes suffisamment explicites : « *actum contractumve* ». Labéon, qui prend même soin de les définir, marque bien que ces mots embrassent toutes les manifestations licites de l'activité juridique (3). Le doute n'est pas davantage autorisé pour les

---

(1) Au fond, quoiqu'il admette la possibilité théorique de l'*i. i. r.* en cas de *capitis deminutio maxima* et *media*, M. Desserteaux en arrive à croire que le préteur n'a pas pu se servir de ce procédé dans ce domaine (*Formation historique de la c. d.* I, p. 91). Aussi semble-t-il tout au moins inutile de combattre l'opinion de Karlowa, car, si l'interprétation des textes donnée par cet auteur laisse à désirer, le résultat pratique auquel il aboutit paraît satisfaisant.

(2) Nous employons ici cette expression par opposition aux édits de restitution qui auraient pu s'appliquer soit à la *capitis deminutio maxima*, soit à la *capitis deminutio media*. Mais nous laissons entière, pour l'instant, la question de savoir si notre édit comprenait primitivement plusieurs dispositions.

(3) *D.* L. XVI. 19. Ulpien rapporte, il est vrai, cette définition de Labéon au livre 11 *ad ed.* et non au livre 12, où il traite de notre ma-

causes de *capitis deminutio* : le préteur vise sans distinction « *qui quæve capite deminuti deminutæve esse dicentur* ».

Gaius mentionne expressément l'application de l'édit aux adrogés, aux femmes *sui juris* tombant *in manum* et vraisemblablement aux personnes *in mancipio* (1). Les sources sont moins explicites sur l'émancipation et l'adoption. Cette différence tient sans doute à l'évolution respective de ces institutions : jusqu'à l'époque de Gaius, la *capitis deminutio* semble résulter des mancipations nécessaires pour émanciper ou adopter, et non de ces actes mêmes (2). En signalant que l'édit s'applique aux personnes *in mancipio*, on reconnaît *ipso facto* qu'il s'étend aux émancipés et adoptés. Lorsque la *capitis deminutio* fut attachée directement à l'émancipation ainsi qu'à l'adoption, on négligea de mentionner l'extension de la protection édictale aux créanciers de l'émancipé et de l'adopté, sans qu'il y ait une moins grande certitude pour cela sur l'existence de cette protection. D'ailleurs, elle paraît être supposée par quelques fragments relatifs aux émancipés tout au moins. Paul, dans son commentaire de notre édit, rapporte certaines conséquences de la *capitis deminutio* vis-à-vis des émancipés (3); elles impliquent, semble-t-il, que la *capitis deminutio* produit dans ce domaine ses effets ordinaires, notamment ses effets nuisibles pour les tiers et réparables au moyen de l'*i. i. r.* Ulpien, de son côté, parle incidemment de l'émancipé : il relate les mesures prétoriennes dont bénéficie le *filius familias*, devenu *sui juris* sans avoir

---

tière. Mais comme notre édit est le seul qui contienne les mots *actum* et *contractum*, c'est lui qui devait être probablement visé par le jurisconsulte (en ce sens Voigt, *Jus naturale*, III, p. 685, n. 1137).

(1) Gaius III. 84 et IV. 80. Ce dernier passage très mutilé (v. Girard, *Textes*[4], p. 337 n. 2) prévoit vraisemblablement l'extinction des dettes contractuelles par l'entrée *in mancipio* (Lénel, *E. P.*[2], p. 406; Desserteaux, *Formation historique de la c. d.* I, p. 271).

(2) Gaius vivait à l'époque de transition où le point de vue ancien subsistait, mais où le point de vue nouveau commençait à se faire jour (rapprocher Gaius I, 132, 135, 162 et II, 135, 141); v. Desserteaux, *Formation historique de la c. d.* I, p. 37).

(3) *D.* IV. V. 9 (Paul *l. II ad ed.*).

sa part de l'héritage paternel (1). L'édit, dans ce cas, ne promet action contre lui pour ses dettes contractuelles, que *in id quod facere potest* et *cognita causa*. La réglementation de cette action prouve, pour les créanciers, le droit de l'intenter. Ce droit appartiendrait directement aux créanciers, s'il était énoncé quelque part que les dettes civiles du *filius familias* ne fussent pas éteintes par son émancipation. En l'absence d'une semblable affirmation, on doit admettre que ces dettes, éteintes *jure civili*, sont maintenues *jure prætorio*. Le préteur, pour obtenir ce résultat, est contraint de recourir à l'*i. i. r.*; et par là, cet édit atteste l'emploi de notre procédure pour venir en aide aux créanciers de l'émancipé (2).

L'étude de ces divers témoignages, comme la teneur même de l'édit, ont amené M. Desserteaux à découvrir que l'édit *de capite minutis* avait été précédé d'édits particuliers. Cette conjecture tend à préciser la date vers laquelle apparut l'*i. i. r.* en matière de *capitis deminutio;* elle touche ainsi directement au problème que nous traitons.

Dans le texte de l'édit, l'auteur remarque deux particularités. Le préteur vise avec une véritable insistance l'homme et la femme *(qui quæve... deminuti deminutæve... in eos easve)*. Cette forme, que l'on ne rencontre pas ordinairement dans le corps de l'édit, s'explique par l'existence antérieure de dispositions spéciales à l'homme et à la femme. On pense alors invinciblement à l'adrogation, spéciale à l'homme, et à la *conventio in manum*, spéciale à la femme. D'autre part, les mots *perinde quasi id factum non sit*, par lesquels est indiquée la fiction de l'action rescisoire, ne seraient corrects

---

(1) *D.* XIV. 5. 2. *pr.* (Ulpien *l. 29 ad ed.*) : *In eum, qui emancipatus, aut exheredatus erit, quive abstinuit se hereditate ejus, cujus in potestate, cum moritur, fuerit, ejus rei nomine quæ cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate sive jussu ejus, in cujus potestate fuerit, contraxerit, sive in peculium ipsius, sive in patrimonium ejus, cujus in potestate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in quod facere potest.*

(2) C'est du moins l'opinion dominante, Savigny, *Traité*, II, p. 83; Rudorf, *Edicti perpetui quæ reliqua sunt*, 1869, p. 114; Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 1085; Lénel, *E. P.*², p. 269 n. 8.

que si le préteur avait parlé précédemment du fait de la *capitis deminutio*, et non des *capite minuti*. Ils se comprennent, si l'on y voit la survivance d'expressions exactes dans un édit se rapportant à des cas spéciaux de *capitis deminutio* (1).

Les applications de l'édit, dans les sources, contiendraient précisément la confirmation des idées suggérées par sa teneur même. Gaius (III. 84) se sert du langage traditionnel pour mettre en relief les deux cas également traditionnels, adrogation et *coemptio* d'une femme *sui juris*, qui, au point de vue des dettes contractuelles, motivèrent l'intervention prétorienne. Un premier édit vint donc promettre l'*i. i. r.* aux créanciers de la femme tombée *in manum* et de l'adrogé. Cet édit ne peut d'ailleurs pas être l'édit *de capite minutis*, puisqu'il remonte à l'époque où les adrogés et femmes *sui juris* passées *in manum* n'étaient pas encore dits *capite minuti*, et qu'il est suivi d'une clause accordant spécialement la *missio in possessionem* contre l'adrogeant et le mari s'ils refusent de défendre à l'action des créanciers. Des mesures furent ensuite prises en faveur des créanciers d'une personne *in mancipio* et des émancipés. L'une paraît visée par le texte mutilé de Gaius (IV. 80), et se distingue de l'édit général en ce qu'elle est complétée par une promesse de *missio in bona* avec droit de vente pour les seuls créanciers des personnes *in mancipio*. L'autre est supposée par l'édit mentionnant l'émancipé, édit plus ancien que l'édit *de capite minutis*, puisqu'il procède par énumération et donne la restitution seulement après *cognitio causæ* (2).

Cette argumentation semble reposer sur une triple considération, dont chaque partie n'a pas, à notre avis, la même valeur. Nous ne sommes pas éloigné de le croire avec M. Desserteaux, l'édit *de capite minutis* présente certains indices de forme, favorables à l'idée que des dispositions particuliè-

(1) Desserteaux, *Contribution à l'étude de l'édit*, 1912, p. 10 et 14 (Extrait de la *N. R. H.*).

(2) Desserteaux, *Formation historique de la c. d.* II, p. 356 et s.

res l'ont précédé. C'est, du reste, une conception trop vraisemblable pour ne pas correspondre à la réalité la plupart du temps, que de voir dans les édits à formule générale une synthèse de prescriptions spéciales antérieures.

Mais les deux autres observations, sur lesquelles s'appuie M. Desserteaux pour fixer le nombre et la date approximative des édits particuliers, sont plus contestables. L'une touche à l'histoire de la *capitis deminutio :* elle tend à prouver l'impossibilité de faire remonter à la fin de la République l'édit *de capite minutis*, par la formation rudimentaire à cette époque de la notion de *capitis deminutio minima*. Nous ne pouvons songer à discuter ici cette question. Toutefois, l'interprétation de quelques textes, importants pour élaborer une théorie de la *capitis deminutio*, ne paraît pas encore définitivement établie (1). Et les conclusions de M. Desserteaux peuvent être acceptées, dans notre sujet, avec d'autant plus de réserve que lui-même cherche à étayer sa conjecture relative aux édits spéciaux, indépendamment de son opinion personnelle sur l'évolution de la *capitis deminutio*.

La seconde constatation porte sur les textes qui signalent ou impliquent le fonctionnement de l'*i. i. r.* dans les différentes espèces de *capitis deminutio minima*. Les passages de Gaius ne révèlent pas, croyons-nous, les indices qui serviraient à reconstituer les édits particuliers. On peut admettre que les Institutes de Gaius ne contiennent pas le commentaire de l'édit de *capite minutis;* ce commentaire avait sa place dans les ouvrages antérieurement composés par Gaius (2). Mais il ne s'ensuit nullement qu'en écrivant les Institutes, le jurisconsulte n'ait pas utilisé l'édit qu'il avait précédemment étudié; on a même peine à s'imaginer le contraire (3). On comprend sans difficulté pourquoi, dans ces

(1) V. les critiques de M. Michon *(N. R. H.* 1909, p. 362).

(2) V. Girard, *Textes*[4], p. 221.

(3) A vrai dire, M. Desserteaux paraît en convenir puisqu'il écrit que Gaius a, dans ces textes qui visent l'édit général *de capite minutis*, omis toute trace des édits particuliers qui l'ont précédé *(Formation historique de la c. d.* II, p. 366 n. 2.). Cependant, l'un des argu-

conditions, l'adrogation et la *coemptio* d'une femme *sui juris* ne sont pas examinées au même endroit que le passage *in mancipio;* il suffit de se reporter au plan adopté par l'auteur des Institutes. Au commentaire III, il parle des *successiones in universum jus;* il examine naturellement celles qui se réalisent pour l'adrogeant ou le *coemptionator* d'une femme *sui juris*, et laisse nécessairement de côté le *filius familias* qui entre *in mancipio.* Au commentaire IV, après avoir posé les principes relatifs aux contrats et aux délits des personnes *in potestate*, il envisage les personnes *in mancipio.* Ainsi s'explique la présence dans les Institutes, à deux endroits séparés, d'indications concernant le sort des dettes contractuelles des *capite minuti* (1). Entraîné par le plan de son ouvrage à diviser la discussion de cette question, Gaius adapte l'édit général *de capite minutis* aux cas particuliers dont il s'occupe, en suivant de très près la teneur de l'édit.

Et rien ne s'oppose à ce que cette adaptation concerne également la *missio in bona* (2). Car si l'édit général était accompagné de dispositions destinées à rendre efficace l'action des créanciers, ces prescriptions devaient être formulées d'une manière semblable à l'édit lui-même, c'est-à-dire sous une forme générale. Lorsqu'on rapproche les deux passages où Gaius mentionne les conséquences de l'*indefensio*, on a justement l'impression que le jurisconsulte a sous les yeux un modèle unique (3). Cette clause a disparu de la compi-

---

ments importants de l'auteur en faveur de sa conjecture semble être que les expressions de Gaius conservent le langage traditionnel *(Formation historique de la c. d.* II, p. 357. n. 4).

(1) M. Desserteaux a parfaitement exposé les raisons de cette double mention dans Gaius *(Formation historique de la c. d.* I, p. 272).

(2) M. Lénel *(E. P.*[2], p. 405) pense que la promesse de *missio in bona*, en cas d'*indefensio*, figure à la suite de l'édit *de capite minutis.* Mais il n'incorpore pas au texte même de l'édit les extraits du commentaire de Gaius qui contiennent ces dispositions. Il semble ainsi croire, avec raison à notre avis, que Gaius ne reproduit pas les termes mêmes de l'édit.

(3) Gaius III. 84 : *Si... non defendantur, quæ bona eorum futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent universa vendere... prætor permittit.* Gaius IV. 80 : *Nisi... defendantur, bona quæ eorum futura forent, si ejus juri subjectæ non essent, veneant.*

lation de Justinien, à cause de la transformation du droit intéressant les *capite minuti*, et parce que, là où elle garde son utilité, elle se présente désormais comme l'application du droit commun sur l'*indefensio* du défendeur (1).

Les textes de Gaius ne semblent contenir aucune trace des édits antérieurs à l'édit *de capite minutis;* ils renferment une expression au moins qui dénote l'absence du souci de reproduire le langage traditionnel : c'est la locution *se in adoptionem dedit* pour désigner l'adrogé. A l'époque primitive où l'extinction des dettes était probablement attachée, non pas directement à l'adoption, mais au passage *in mancipio*, le préteur devait éviter d'employer le terme *adoptio*, à propos de la réglementation des droits rendus aux créanciers après l'extinction des dettes causées par l'adrogation (2).

Si, de Gaius, nous passons au fragment d'Ulpien, nous n'y trouvons pas un appui beaucoup plus solide pour la conjecture de M. Desserteaux. En effet, les édits qui procèdent par énumération ne paraissent pas être forcément plus anciens que les édits généraux. L'idée contraire, émise pour la première fois par Dernburg (3), a peut-être une part de vérité quand elle s'applique à plusieurs édits ayant entre eux un rapport étroit. Mais il semble arbitraire de supposer que le préteur, après avoir donné une teneur générale à certaines dispositions de son édit, ait cessé d'introduire, par des clauses particulières, des réformes nouvelles, qui visaient un petit nombre de cas et ne comportaient point dès lors de

---

(1) Sous Justinien, en cas d'adrogation, par exemple, l'action des créanciers est donnée directement contre l'adrogeant (Justinien, *Inst.* III, 10, 3) qui, s'il ne défend pas, est atteint par la *missio in bona* prononcée pour contraindre les parties à l'organisation de l'instance.

(2) On peut remarquer, en outre, que Gaius n'emploie nulle part la locution « *quasi id factum sit* », dont la présence dans l'édit s'explique plutôt comme le maintien d'une formule contenue dans un édit particulier antérieur.

(3) Dernburg, *Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prætorischen Edikts* (dans *Festgaben für A. W. Hefter*, 1873). Les idées, émises par l'auteur, ont été critiquées par Karlowa *R. R. G.*, I, p. 467 n. 1. M. Girard ne paraît pas éloigné de croire qu'elles comportent des restrictions (*Mélanges*, I, p. 304. n. 1).

formule synthétique (1). Or, l'édit, où l'émancipé est incidemment visé, est dicté par une préoccupation étrangère aux effets de la *capitis deminutio* : il concerne les fils devenus *sui juris* sans avoir recueilli l'héritage paternel, et vient au secours de l'émancipé parce qu'il rentre dans cette catégorie. Au surplus, comme celle-ci ne contient, avec les émancipés, que les exhérédés et ceux qui ont usé du *jus abstinendi*, il n'est point surprenant de trouver énumérés dans l'édit ces trois cas au lieu d'une clause générale. Enfin, l'allusion à la *cognitio causæ* ne doit pas davantage être retenue, puisque cette particularité procédurale s'étend aux actions rendues, non seulement contre l'émancipé, mais aussi contre l'exhérédé et le fils qui use du *jus abstinendi.*

En résumé, les témoignages relatifs à notre édit ne paraissent pas contenir la preuve invoquée par M. Desserteaux. Et quand Labéon définit les termes employés par le préteur, c'est qu'il connaissait bien déjà l'édit *de capite minutis;* nous sommes autorisés à le croire. La conjecture de M. Desserteaux aboutit au contraire à donner pour auteur à cet édit, sinon S. Julien lui-même, du moins un de ceux qui l'ont précédé de peu à la préture (2). Ce rajeunissement de la promesse générale d'*i. i. r.*, dans notre matière, ne correspond pas au développement ordinaire de notre procédure. C'est vers la fin de la République, nous avons pu le constater, que l'*i. i. r.* dut rendre dans la pratique les plus nombreux services. A ce moment aussi le préteur, selon toute vraisemblance, promit notre secours à tous ceux qui souffriraient injustement de la *capitis deminutio minima* subie par la personne avec laquelle ils avaient traité. Et notre moyen de protection eut désormais un champ d'application très large, parce qu'il n'était généralement en concours avec aucune

(1) M. Desserteaux admet lui-même que le préteur devait simplement énoncer, dans son édit, les cas particuliers, quand ils étaient très peu nombreux, au lieu de chercher à les comprendre dans une formule synthétique (v. *Contribution*, p. 12).

(2) V. Desserteaux, *Formation historique de la c. d.* II, p. 367, n. 1.

autre voie de recours (1); il devint si fréquent même, qu'il finit par perdre son caractère arbitraire et fut accordé de plein droit (2) : l'action rescisoire apparaît alors comme un *judicium perpetuum* (3).

Malgré ces conditions favorables à son développement, l'*i. i. r.*, ici comme dans les causes examinées jusqu'à présent, perd peu à peu son importance. Vers le début du Bas-Empire, la *manus* et l'*in mancipio* tombent en désuétude, et diminuent d'autant les cas dans lesquels l'intervention prétorienne est nécessaire (4). Après l'adrogation, les créanciers gardent toujours leur action; ils la dirigent toutefois maintenant contre l'adrogeant. Ils la conservent aussi contre l'émancipé, mais l'intentent sans avoir besoin de la faire revivre fictivement puisqu'elle n'est plus éteinte par l'émancipation (5). Ainsi l'*i. i. r.* cesse d'être utilisée dans notre matière, suivant encore ici le courant qui tend à lui faire jouer un rôle de plus en plus effacé parmi les moyens de procédure.

5° *Le « falsus tutor ».*

Cette orientation ne doit cependant pas faire perdre de vue la fonction primitive de l'*i. i. r.*, qui consiste à fournir un secours convenable, non pas seulement à quelques personnes limitativement indiquées, mais à plusieurs catégories entiè-

---

(1) Cependant les créanciers de l'adrogé ont aussi l'action *de peculio* (*D.* XV, I. 42, Ulpien *l. 12 ad ed.*).

(2) Karlowa (*R. R. G.* II, p. 1084) pense avec certains auteurs que, dès l'origine, il en était ainsi. Il semble plus exact de croire avec Bekker (*Die Aktionen*, II, p. 91), suivi par Mandry (*Das gemeine Familiengutterrecht*, 1876, I, p. 396) et Desserteaux (*Formation historique de la c. d.* II, p. 357, n. 1) que l'*i. i. r.*, même pour les créanciers des *capite minuti*, a commencé par être accordée seulement après *cognitio causæ*.

(3) *D.* IV. V. 2. 5. (Ulpien *l. 12 ad ed.*).

(4) V. Girard, *Manuel*[6], p. 134 et 154.

(5) V. Desserteaux, *Formation historique de la c. d.* II, 370-372.

res d'individus atteints par un préjudice déterminé. On parvient à retrouver cet aspect, lorsqu'on cherche à pénétrer l'évolution de la promesse d'*i. i. r.* dont bénéficie celui qui agit avec un pupille assisté d'un *falsus tutor*. La situation de la personne ainsi trompée motiva diverses mesures prétoriennes, parmi lesquelles nous rencontrons notre moyen de procédure. En effet, tandis que le magistrat donne un *judicium in factum* pour punir la fraude, qui peut exister chez le *falsus tutor* ou chez un tiers décidant quelqu'un à prendre indûment la qualité de tuteur, il accorde l'*i. i. r.* à la victime d'un acte intervenu dans ces conditions, qu'il y ait ou non dol du *falsus tutor* ou d'un tiers (1).

Un dommage résulte très aisément de la substitution d'une personne quelconque au véritable tuteur. Supposons, par exemple, qu'une poursuite judiciaire soit exercée contre un pupille; celui-ci pour défendre valablement doit être muni de l'*auctoritas tutoris*. A la place du tuteur, un étranger interpose son *auctoritas*. Après l'achèvement des débats, la sentence est sans valeur vis-à-vis du mineur; et le demandeur ne peut cependant pas recommencer le procès, puisqu'il a consommé son droit d'agir en justice; il est en état de perdre injustement un élément de son patrimoine. Le magistrat empêche ce résultat, en autorisant le demandeur à faire rescinder la décision intervenue, à renouveler l'action contre le mineur assisté cette fois du véritable tuteur (2).

C'est même une erreur survenue dans un procès que notre édit vise uniquement, depuis une date difficile à préciser, mais antérieure à Valérius Probus (3). Ulpien et Paul

---

(1) Le préteur vise distinctement ces trois hypothèses (*D.* XXVII. VI. *l.* 1. 2 et 6 et *l.* 7 (Ulpien *l. 12 ad ed.*) *l.* 11 *pr.* (Ulpien *l. 35 ad ed.*). Les anciens auteurs confondaient ces trois clauses (v. Spaltenstein, *Wiedereinsetzung*, p. 166).

(2) M. Lénel (*E. P.*², p. 116) conjecture que le préteur promettait expressément la restitution de ce *judicium*, en disant peut-être : « *Quod... judicium acceptum erit... in integrum restituam.* » Quant à la place de cette clause de restitution, elle est fixée maintenant avec certitude avant les dispositions sur l'absence (v. Girard, *Mélanges*, I, p. 270).

(3) V. Girard, *Mélanges*, I, p. 185.

affirment que les mots « *si id actor ignoravit* » figuraient dans le texte de la promesse édictale, dont la portée semble ainsi restreinte à la procédure (1). On soutenait jadis, en s'appuyant sur la rubrique de l'édit qui parle de « *quod... gestum esse dicatur* » et sur quelques expressions assez larges du commentaire d'Ulpien (2), que l'*i. i. r.* était accordée toutes les fois qu'un *falsus tutor* intervenait dans un acte quelconque. Cette interprétation contraire à la teneur de l'édit ne correspond pas aux intentions du préteur. Il paraît établi, de nos jours, que la main des commissaires de Justinien s'est efforcée d'étendre ici le domaine de l'*i. i. r.* par l'adjonction de termes vagues et généraux (3).

En agrandissant ainsi le terrain assigné à notre institution, les compilateurs ne font du reste que mettre l'édit en harmonie avec les besoins de leur époque. Au Bas-Empire, le *judicium* n'est plus rigoureusement constitué par la *litis contestatio* : les éléments tant réels que personnels du procès peuvent subir des modifications après la *litis contestatio*, sans qu'il soit indispensable de recommencer l'instance. Les erreurs notamment peuvent être simplement corrigées; elles n'exigent plus le renouvellement du litige (4). Dès lors, la *litis contestatio*, dans laquelle figure un pupille assisté d'un *falsus tutor*, n'occasionne pas un préjudice nécessitant la rescision du *judicium*. En substituant l'*auctoritas* du véritable tuteur à celle qui avait été précédemment donnée, l'action devient pleinement valable. Notre édit aurait désormais per-

---

(1) Cette opinion, qui s'appuie sur *D.* XXVII. VI. 1. 6. (Ulpien *l. 12 ad ed.)* et 2 (Paul, *l. 12 ad ed.)*, est généralement admise aujourd'hui, v. Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 1098; Lénel, *E. P.*², p. 115; Girard, *Manuel*⁶, p. 225 n. 2.

(2) *D.* XXVII. VI. 1. *pr. : ne contrahentes decipiantur;* et *l.* 3 : *quod gestum est* (v. Burchardi, *Wiedereinsetzung*, p. 383).

(3) V. Karlowa, *R. R. G.* II, p. 1099; Mancaleoni, *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, V, p. 104; Lénel, *E. P.*², p. 116. Le langage de Gaius *(D.* XXVII. VI. 10) conserve des traces plus exactes de la teneur de l'édit.

(4) Justinien, *Inst.* IV. 6. 35 : *In eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittimus.* V. sur ces transformations, Duquesne, *Translatio judicii*, p. 17.

du son utilité s'il était resté cantonné dans le domaine de la procédure. Mais les commissaires de Justinien, s'emparant de la pensée directrice du préteur, ont admis, avec lui, que l'équité imposait l'obligation de venir en aide à quiconque éprouve un dommage par la présence d'un *falsus tutor*. Et de même qu'en pareille circonstance, s'il y a eu des manœuvres dolosives, leur auteur est poursuivi par l'action *in factum*, quelle que soit la nature de l'acte auquel ait participé le *falsus tutor;* de même l'*i. i. r.* apparaît comme le moyen de protection de tous ceux qui subissent un préjudice par suite de la participation d'un *falsus tutor* à un acte quelconque, sans que la condition de dol soit nécessaire. Toutefois, le triomphe de cette conception suppose qu'on est accoutumé à voir dans notre procédure le secours normalement approprié à certaines situations déterminées.

6° *L'absence.*

Ce caractère de remède général est conservé d'une façon manifeste dans l'*i. i. r. ob absentiam*. Par là, on a coutume de désigner, à la suite des jurisconsultes eux-mêmes (1), l'application de notre procédure, non seulement à l'absence proprement dite, mais à d'autres situations assimilées à l'absence par suite de leur analogie avec elle. Terminologie commode, qui pourrait aussi rappeler les origines de l'intervention prétorienne consignée dans l'édit *ex quibus causis majores viginti quinque annis in integrum restituuntur*.

La lecture de cette rubrique laisse croire qu'elle renfermait primitivement les seules applications de restitution des majeurs, à côté de la restitution des mineurs (2). Nos recher-

(1) C'est par le terme *absentia*, qu'Ulpien (*D.* IV. I. 1. *l. 11 ad ed.*) et Paul (*Sent.* I. 7. 2.) désignent cette cause d'*i. i. r.*

(2) Burchardi (*Wiedereinsetzung*, p. 148) exprimait déjà cette opinion, admise de nos jours par Cuq (*Manuel*, p. 833 n. 3) et Girard

ches antérieures révèlent précisément son existence en 676, sans nous interdire de la supposer en vigueur auparavant. Dans les temps reculés, le préteur ne manquait pas de motifs pour venir en aide aux absents. Il intervint sans doute au fur et à mesure des besoins. Et notre édit garde encore la marque d'une formation par étapes. Les clauses, dont il est composé, sont en effet l'expression des modifications et compléments apportés par les préteurs successifs à l'œuvre de leurs prédécesseurs. Ce travail d'élaboration n'a peut-être été achevé d'ailleurs que par S. Julien. Conformément aux directives générales reçues de l'empereur Hadrien (1), il dut s'efforcer, dans le domaine de l'absence, de grouper et simplifier les dispositions édictales, probablement trop nombreuses à son époque : on peut en juger par l'élimination, dans l'édit codifié, de prescriptions connues encore des jurisconsultes classiques (2).

Si les décisions prétoriennes sur l'absence nous apparaissent sous une physionomie que nous n'avions point rencontrée jusqu'à présent, du moins ont-elles l'avantage de préciser parfaitement le moyen de procédure qu'elles accordent. *In integrum restituam*, dit le préteur (3) : c'est l'engagement de rescinder tout acte rendu nuisible par l'absence. La pro-

---

(Manuel[6], p. 1080 n. 5). M. Klingmüller (Pauly-Wissova, II. 1, v° *Restitutio*, p. 677) remarque avec raison que le point d'appui cherché dans la rubrique de l'édit pour déterminer son ancienneté est insuffisant. La conception de Savigny *(Traité* VII, p. 168) suivi par Accarias *(Précis*[4], II, n° 942), d'après laquelle notre rubrique indique simplement que l'absence était pratiquement la seule cause d'*i. i. r.* en vigueur à l'époque des compilateurs, est tout aussi vraisemblable. Mais les renseignements que nous avons recueillis sur les origines de l'*i. i. r.* sont plus favorables à la doctrine ordinairement acceptée de nos jours.

(1) Julien semble avoir été chargé notamment de réduire les proportions des édits annuels *(D.* c. Δέδωκεν, 18. = ἐν βραχεῖ τινὶ συνῆγε βιβλίῳ = *in parvo libello componeret)*.

(2) Nous savons par Ulpien *(D.* IV. VI. 26. 7), que Gaius Cassius avait promis l'*i. i. r.* quand le délai d'exercice d'une action s'achevait au cours de vacances judiciaires extraordinaires. Cette disposition n'est pas reproduite dans l'œuvre de Julien.

(3) *D.* IV. VI. 1. 1. et 26. 9. (Ulpien, *l. 12 ad ed.*).

messe se traduit normalement par la restitution de l'action éteinte, dont la formule était inscrite sur l'*album* du préteur (1).

Mais l'absence ne donne ouverture au secours de l'édit que dans les cas où il y aurait injustice à ne pas corriger ses effets. Pour connaître ces hypothèses, il est nécessaire d'envisager plusieurs circonstances : le préteur distingue trois catégories d'événements qui peuvent occasionner une demande d'*i. i. r.* (2).

1° La première situation, venant à l'esprit et prévue dans l'édit, nous met en face du dommage subi par un absent, à raison de l'empêchement où il se trouve de faire valoir ses droits. Evidemment tout obstacle ne mérite pas d'être pris en considération, sans quoi la simple négligence serait pour ainsi dire encouragée. C'est pourquoi le préteur énumère cinq positions qui semblent justifier une mesure particulière de protection.

L'absence par *metus*, et nous savons déjà ce qu'est la *metus* aux yeux des Romains, est mentionnée tout d'abord avec l'absence *reipublicæ causa (cum is metus aut sine dolo malo reipublicæ causa abesset)*. Cette place correspond peut-être à l'ordre chronologique des interventions prétoriennes en cette matière. Nos investigations dans le passé nous ont en effet mis sur la piste de restitutions, prononcées à la suite tantôt

---

(1) La structure de cette formule soulève plusieurs difficultés qui semblent à peu près aplanies aujourd'hui. Parce qu'elle contient ordinairement la fiction que l'usucapion ne s'est pas achevée pendant l'absence, les anciens auteurs voyaient dans l'action restituée la publicienne rescisoire. Cette opinion avait un certain point d'appui dans le langage de Paul *(D.* XLIV, VII, 35, *pr., l. 1 ad ed.)*; mais il est à peu près certain que le jurisconsulte vise le cas spécial où l'action publicienne est rendue par l'*i. i. r.* et non tous les cas de rescision d'usucapion. M. Lénel incline aujourd'hui en faveur de cette opinion *(E. P.*², p. 119.). D'autre part, on s'est demandé si la formule ne confiait pas au juge le soin d'examiner si l'action restituée était exercée en temps utile. La négative paraît admise maintenant (V. Duquesne, *Cicéron, Pro Flacco*, p. 33).

(2) L'édit ne distingue apparemment que deux catégories d'hypothèses. En réalité, il y en a trois sortes, comme l'indiquent Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 1088, et Cuq, *Manuel*, p. 833 n. 2.

d'une fuite ou d'un départ provoqués par des menaces, tantôt d'un éloignement dans l'intérêt de l'Etat, comme la participation des Grecs à la guerre italique. Par notre disposition, le préteur accorde justement l'*i. i. r.* à tous les Romains qui servent dans l'armée en qualité de chefs ou de soldats : ils sont considérés comme absents *reipublicæ causa*, qu'ils soient ou non à Rome (1). Les fonctionnaires de l'Etat sont aussi traités de même, à condition toutefois qu'ils soient hors de Rome (2). Mais pour bénéficier du secours de l'édit, l'absence ne doit être motivée par aucun dol, tel qu'une prolongation inutile de l'éloignement ou la recherche d'un avantage spécial (3).

De ces deux causes d'absence, sont rapprochées trois situations qui supposent un manque de liberté équivalent à l'absence. Il s'agit apparemment ici de dispositions complémentaires, dont la présence dans l'édit n'est cependant pas récente, puisque Labéon déjà précise leur portée. Le préteur envisage les détenus, les personnes en servitude, les prisonniers de guerre *(inve vinculis servitute hostiumque potestate esse(t)*.

Ce sont bien les détenus que vise l'expression « *in vinculis* », car juridiquement l'enchaînement *(vincula)* se confond avec la prison *(carcer)*, non parce que tout prisonnier est enchaîné, mais parce qu'il peut l'être en droit strict (4). Par détenus, il faut entendre du reste à la fois ceux qui remplissent les prisons publiques, ceux qui sont illégalement gardés par des voleurs, des brigands ou des *potentiores*, et ceux qui sont confiés à la *custodia* d'un particulier (5). Les personnes en servitude comprennent les hommes libres, qui se croient es-

---

(1) *D.* IV. VI. *l.* 7 (Ulpien *l. 12 ad ed.)*, *l.* 35 *pr.* (Paul *l. 3 ad leg. Jul. et Pap.)*, *l.* 45 (Scævola *l. 1 reg.)*.

(2) *D.* IV. VI. *l.* 5. 1. (Ulpien, *l. 12 ad ed.)* et *l.* 6 (Paul, *l. 12 ad ed.)*.

(3) *D.* IV. VI. 4. (Callistrate *l. 2 ed. mon.)*.

(4) *D.* L. XVI. 48 (Gaius *l. ad ed. præt. urb.)* et 224 (Venuleius *l. 7 stip.)*. V. Mommsen, *Dr. pub.*, I, p. 161, 163, 175; *Dr. pen.*, I, p. 382 et principalement 304.

(5) *D.* IV. VI. 9 (Callistrate *l. 2 ed. mon.)* à rapprocher de *D.* IV. VI. 28. 1. (Ulpien *l. 12 ad. ed.)*, v. Mommsen, *Dr. pen.*, I, p. 357 et 386.

claves ou sont maintenus arbitrairement comme tels, mais non les vrais esclaves dépourvus de patrimoine (1). Enfin les prisonniers de guerre bénéficient du secours de l'édit, qu'ils soient civils ou militaires : ces derniers cessent d'être absents *reipublicæ causa* le jour de leur capture, et seraient exposés à subir un préjudice s'ils n'étaient protégés par cette clause (2). Sans doute, les captifs recouvrent de plein droit à leur retour, en vertu du *postliminium*, leurs droits qui subsistent intacts, mais ils ont besoin de l'*i. i. r.* pour jouir des droits éteints pendant leur absence.

Dans ces divers cas, le préteur conserve d'ailleurs son pouvoir d'appréciation. Et, comme le motif de l'absence lui permet en général de se rendre compte sans effort s'il est opportun ou non d'appliquer l'édit, son attention se portera davantage sur la réalité du préjudice. Certaines personnes, en vérité, peuvent prendre avant leur départ des précautions pour que leur absence ne soit pas dommageable. C'est une question d'espèce, dont l'examen s'impose au moment de la *cognitio causæ;* la solution qu'elle comporte est liée pratiquement au problème soulevé par la représentation de l'absent.

A ce propos, des auteurs ont voulu trouver dans les sources des règles rigides. Ils ont cru découvrir une distinction entre les diverses catégories d'absents : les uns doivent laisser un représentant, les autres n'y sont pas tenus; les premiers n'obtiennent pas l'*i. i. r.*, les seconds la reçoivent seulement s'ils n'ont pas laissé de représentant; exceptionnellement les *legati civitatis* doivent toujours être secourus (3).

---

(1) *D.* IV. VI. 11 (Callistrate *l. ed. mon.)* 12 (Ulpien, *l. 12 ad ed.)*, 13 *pr.* (Paul *l. 12 ad ed.)*.

(2) *D.* IV. VI. 14 (Callistrate, *l. 2 ed mon.)* et 15 *pr.* et 1 (Ulpien, *l. 12 ad ed.)*. Il n'y a aucun motif pour limiter l'emploi de cette clause aux prisonniers civils, comme le fait Savigny *(Traité*, VII, p. 177).

(3) Burchardi *(Wiedereinsetzung*, p. 168) prétend qu'au temps des Glossateurs, il y avait déjà sept systèmes différents sur la question. Il y en eut d'autres ensuite (v. Spaltenstein, *Wiedereinsetzung*, p. 55 et s.). A travers cette multitude d'opinions, on distingue les deux grands courants que nous signalons. Le premier comptait Accurse et Cujas parmi ses représentants. Au second se rattachent les auteurs modernes, qui présentent leur manière de voir sous un jour

Cette doctrine se heurte à deux objections qui paraissent décisives. Elle est contraire à la constitution dans laquelle l'empereur A. Caracalla affirme que *legati civitatis* et *absentes reipublicæ causa* sont traités de la même manière par le préteur (1). En outre, elle suppose une exception en faveur d'une catégorie d'absents, certainement moins digne d'égards que les défenseurs du pays. Surtout, elle méconnaît, à notre avis, le fonctionnement de l'*i. i. r.*, qui laisse une plus grande latitude au magistrat que les moyens ordinaires de procédure. Or, la présence d'un représentant ne semble pas être un obstacle de principe à l'*i. i. r.* Le préteur garde la liberté de se prononcer comme il l'entend, suivant les circonstances (2). En fait, l'examen de ces circonstances l'a conduit à décider que l'existence d'un représentant constitue parfois un motif suffisant pour refuser l'*i. i. r.*, par exemple quand l'absence n'a pas un caractère de nécessité, qu'elle est simplement légitime ou même blâmable (3). D'autre part, lorsque l'absent choisit un représentant judiciaire, le magistrat trouve excessif de l'autoriser à recommencer le procès; il rend seulement les délais d'appel (4). Mais le préteur garde toujours la faculté

---

sensiblement analogue, mais pas identique cependant (Windscheid, *Pandekten*[9], I, § 119, n. 8; Karlowa *R. R. G.* II, p. 1090). Sans entrer dans le détail, nous nous bornons à donner l'interprétation des textes qui nous paraît la plus exacte.

(1) *C. J.* II. LIII (LIV) 1 : *Nam eos quoque, qui legationis officio funguntur, in eo privilegio esse, in quo sunt, qui reipublicæ causa absunt receptum est.*

(2) *D.* IV. VI. 15 *pr.* : *Ego autem etiam nomine ejus, qui hostium potitus est, si curator (ut plerumque) fuerit bonis constitutus, auxilium competere existimo;* 26. 9. (Ulpien, *l. 12 ad ed.*) : *Et sæpissime constitutum est, adjuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non.*

(3) Ulpien (*D.* IV. VI. 26. 1. et 28 *pr.*) mentionne le relégué et l'absent pour cause d'études pour lesquels l'existence d'un *procurator* enlèverait la faculté de recourir à l'*i. i. r.* Mais il ne présente pas ces solutions comme immuables.

(4) Paul (*D.* IV. VI. 39) refuse même complètement l'*i. i. r.* C'est Macer (*D.* IV. I. 8) qui apporte un tempérament à cette règle en autorisant la restitution des délais d'appel. A Karlowa revient le mérite d'avoir montré que ces deux fragments s'occupent uniquement du *procurator* judiciaire (*R. R. G.*, II, p. 1090). Mais cette constatation

de venir en aide à l'absent, chaque fois qu'un préjudice injuste lui est causé.

2° L'absence peut avoir un autre effet : elle empêche les tiers de poursuivre la réalisation judiciaire de leurs droits. Il ne s'agit plus d'individus dont la situation particulière exige des mesures de réparation. Ici toute personne est protégée, dès qu'elle subit un dommage venant de l'impossibilité d'atteindre celui qui, par sa présence aurait pu le faire cesser. Et, comme le seul fait de la non-présence est susceptible d'entraîner un tort, la notion d'absence est plus étendue dans cette éventualité que dans la précédente.

L'édit parle d'absence sans qualificatif. Le jurisconsulte Paul (*D.* IV. VI. 30) met en relief par un exemple, les conséquences des deux points de vue différents auxquels se place le préteur. Il suppose que l'héritier d'un soldat achève, pendant son absence, l'usucapion commencée par son auteur. Contre cet héritier, celui qui n'a pas pu interrompre la prescription bénéficie de l'*i. i. r.*, aussi bien que si le soldat avait achevé lui-même l'usucapion; au contraire, notre moyen de procédure ne serait pas accordé à l'héritier, si l'usucapion, achevée à son détriment par un tiers, avait été commencée du vivant de son auteur. L'absence, par conséquent beaucoup plus large dans notre hypothèse, s'étend même, d'après Labéon (1), à certaines situations qui n'excluent pas absolument la présence. C'est ainsi que l'*i. i. r.* est promise contre les aliénés, les enfants et les cités, parce qu'ils ne sont guère mieux à même de défendre leurs intérêts qu'un absent.

En outre, l'édit mentionne, à côté de l'absence, des cas assimilés : la détention, l'attitude de ceux qui rendent impossible l'introduction d'une instance contre eux, soit en se cachant par exemple, soit en refusant d'être traduits devant les tribunaux parce que leur situation leur permet de le faire,

---

ne supprime pas la divergence d'opinions entre les deux jurisconsultes, qui prouve, croyons-nous, que le préteur ne craignait pas, suivant les espèces, de se prononcer dans un sens ou dans un autre.

(1) *D.* IV. VI. 22. 2 (Paul, *l. 12 ad ed.*).

notamment quand ils sont investis d'une haute magistrature (1).

Dans les cas de cette série, la protection prétorienne est toujours subordonnée à l'impossibilité d'agir. Cette impossibilité vient-elle à cesser, il n'y a plus de motif pour intervenir. La présence d'un représentant acquiert dès lors une importance décisive; car tout acte fait par quelqu'un avec le représentant qualifié d'une personne équivaut à traiter avec cette personne même. Et puisque la lésion, prévue par l'édit, résulte de l'empêchement de rejoindre la personne en question, elle n'existe plus pour quiconque trouve en face de soi un représentant. Aussi le magistrat dit, en propres termes, que l'*i. i. r.* est donnée contre les absents ou empêchés, seulement s'ils ne sont pas défendus (2).

3° Une troisième catégorie d'obstacles figure enfin dans le texte de l'édit. Elle se distingue des précédentes en ce qu'elle n'intéresse la personne ni du demandeur ni du défendeur; elle renferme les empêchements qui sont le fait du magistrat. Deux situations sont prévues : *Cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui pro magistratu sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur.* Dans la première, le droit est éteint parce que le cours du litige est arrêté par l'intervention d'un magistrat égal ou supérieur à celui qui est saisi (3) : l'effet de cette intervention, réclamée par un plaideur, est purement négatif. Dans l'autre, un droit périt à cause du retard survenu dans l'exercice de la justice, sans qu'un dol de la victime ait contribué à ce retard (4).

Le résultat de ces derniers empêchements est de laisser

---

(1) *D.* IV. VI. 23. 4. et 26. 2. (Ulpien, *l. 12 ad ed.*).

(2) Le préteur l'indique expressément, d'abord pour l'absent *(cum absens non defenderetur)*, ensuite pour les trois autres catégories de personnes mentionnées, car d'après la remarque d'Ulpien *(D.* IV. VI. 26. 3) le *neque defenderetur* s'applique à toutes les situations prévues après l'absence.

(3) Le mot *appellare* n'évoque pas ici l'idée de voie de recours à proprement parler (v. Perrot, *L'appel dans la procédure de l'ordo judiciorum*, 1907, p. 155 n. 6).

(4) *D.* IV. VI. 26. 4-7 (Ulpien, *l. 12 ad ed.*).

expirer le délai fixé pour intenter une action. Un préjudice de cette nature peut être de même éprouvé par les absents qui n'ont pas fait valoir leurs prétentions en temps opportun, comme par les personnes qui n'ont pu soutenir leurs droits en raison de l'absence de leur adversaire. Le préteur le note expressément dans l'édit (1). Mais pour les absents et les personnes lésées par l'absence, d'autres événements donnent ouverture à l'*i. i. r.* : ce sont l'accomplissement de l'usucapion et l'extinction d'un droit par non-usage (2).

Quoiqu'elle paraisse enfermée dans des bornes nettement désignées, l'intervention prétorienne a la plus large sphère d'application en matière d'absence. Et comme si la portée de l'édit ne ressortait pas suffisamment de l'énumération contenue dans son texte, le préteur a jugé bon de compléter ses promesses particulières d'*i. i. r.* par une clause générale dont il reste maintenant à préciser le sens (3).

Cette disposition est ainsi conçue : « *Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur in integrum restituam, quod ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit* ». Elle semble avoir pour but de parer à l'insuffisance des mesures édictales déjà très étendues. Elle

---

(1) On lit dans l'édit, successivement : *Sive cujus actionis eorum qui dies exisse dicetur... consecutus actioneve solutus ob id quod dies ejus exierit.*

(2) A vrai dire, cette double indication se trouve dans la seule partie de l'édit qui vise les préjudices causés par les absents. La partie correspondante de l'édit, qui parle des préjudices causés aux absents, contient une lacune. Karlowa (*R. R. G.*, II, p. 1087), pensant qu'il y avait symétrie entre les deux parties, propose d'ajouter, après *posteave*, « *usucaptum vel non utendo amissum esse* ». Mais on insère généralement à cet endroit la restitution proposée par Mommsen, à la lumière des Basiliques, « *non utendo deminutum esse* » (Girard, *Textes*[4], p. 145 n. 2), formule générale embrassant d'ailleurs toute diminution de patrimoine. V. des exemples de tels préjudices dans *D.* IV. VI. 23. 2. (Ulpien, *l. 12 ad ed.*) et 43 (Africain, *l. 7 quæst.*).

(3) Une autre manifestation des intentions du préteur ressort du mot *posteave* de l'édit; d'après Ulpien (*D.* IV. VI. 15. 3.), ce terme signifie que le magistrat considère le temps qui suit immédiatement le retour comme temps pendant lequel l'empêchement subsiste.

apparaît ainsi comme une addition. L'époque de son insertion dans l'édit reste d'ailleurs incertaine. Pourtant, la détermination de ne pas accorder l'*i. i. r.* en dehors des limites fixées par les lois, plébiscites, sénatus-consultes, édits et décrets des empereurs laisse entrevoir une période où la liberté de l'initiative prétorienne est amoindrie. L'allusion aux *edicta* et *decreta principum* prouve en tous cas que nous ne sommes plus à l'époque républicaine.

Quant au dessein du préteur, il ne consiste pas à promettre l'*i. i. r.* toutes les fois qu'il y a juste cause, comme un examen superficiel des expressions le ferait supposer; il ne dépasse pas le cadre dans lequel est située notre disposition. Les commentaires des jurisconsultes classiques établissent que la clause générale sert à pourvoir, du secours donné aux absents et empêchés, les personnes dont la situation est analogue. Nous apprenons en effet que la femme accompagnant son mari soldat tombe sous le coup des mesures prises à l'égard de ce dernier (1); nous voyons que, des fonctionnaires de l'état, sont rapprochés les représentants des cités, les médecins militaires, et les mandataires plus ou moins directs de l'empereur (2); les règles de l'absence sont même étendues à ceux qui s'éloignent pour leurs études ou dans un but commercial (3). Aux détenus sont assimilés les relégués et déportés, les débiteurs qui contractent l'obligation et fournissent caution de ne pas quitter leur domicile, voire même les enfants non encore nés, qui, prisonniers en quelque sorte dans le sein de leur mère, ont pourtant besoin de protection puisqu'une succession peut leur échoir (4). C'est toujours le même désir d'interpréter largement les dommages nés de l'absence, qui amène

---

(1) *C. J.*, II. LI (LII) 1 et 2.

(2) *D.* IV. VI. 8 (Paul, *l. 3 brev.)*, 26. 9 (Ulpien, *l. 12 ad ed.)*, 35, 1-4 (Paul *l. 3 ad leg. Jul.).*

(3) *D.* IV. VI. 28 *pr.* (Ulpien, *l. 12 ad ed.)*, XVII. I. 57. (Papinien, *l. 10 resp.);* sur ce dernier texte v. Audibert, *N. R. H.*, 1890, p. 296 n. 1.).

(4) *D.* IV. IV. 45 *pr.* (Callistrate, *l. 1 ed. mon.)*, IV. VI. 26. 1. et 28. 1 (Ulpien. *l. 12 ad ed.)* et 40. 1. (Ulpien, *l. 5 op.).*

le préteur à tenir compte du gain manqué au même titre que de la perte subie (1).

Lorsqu'on suit le développement de l'*i. i. r.* dans le domaine de l'absence, on constate aisément que ce moyen de protection se présente comme un remède général. Introduit vraisemblablement à l'occasion du préjudice résultant d'une absence forcée, il devient d'assez bonne heure le secours communément réclamé par toutes les personnes empêchées de s'occuper de leurs affaires. Au cours de l'empire, le magistrat ne craint pas d'opérer des rescisions dans cette matière; il le fait avec d'autant plus de facilité, qu'il s'est expressément réservé la possibilité d'appliquer notre édit à tous les besoins nouveaux en rapport plus ou moins étroit avec les cas énumérés dans le texte même. Et, quand les commissaires de Justinien furent appelés à recueillir le droit classique dans un ouvrage d'ensemble, ils ne songèrent pas à supprimer les traces d'*i. i. r.*, parce qu'ils trouvaient cette institution en pleine vigueur pour secourir tous les individus en état d'invoquer l'édit *ex quibus causis majores viginti quinque annis in integrum restituuntur*. S'ils remanièrent, cependant quelque peu les sources auxquelles ils puisèrent, M. Lénel l'a souligné dernièrement (2), c'est dans un sens favorable à l'extension de notre voie de recours.

Ainsi l'étude de l'absence nous conduit naturellement à voir dans l'*i. i. r.* une mesure qui n'est pas réservée à quel-

---

(1) *D.* IV. VI. 27 (Paul, *l. 12 ad ed.*).

(2) V. Lénel, *Z. S. St.*, 1918, p. 142 et s. Dans *D.* IV. VI. 15 *pr.*, Ulpien n'a certainement pas dit que la promesse d'*i. i. r.* s'étendait aux captifs morts en captivité; un compilateur maladroit a voulu marquer que les héritiers des captifs jouiraient des mêmes avantages que leurs auteurs. D'après le même fragment, § 2, le préteur accorderait l'*i. i. r.* pour anéantir l'acquisition de la propriété prétorienne obtenue pendant l'absence par un décret de *missio in possessionem damni infecti*, alors que ce décret ne semble pas pouvoir être pris contre un absent puisqu'il faut, de sa part, un refus de réparer l'immeuble qui menace ruine. Enfin, dans la loi 35. 3., Paul mentionne, parmi les absents *reipublicæ causa* visés par notre édit, le préfet d'Egypte et dans une formule extensive inexacte toute personne absente de Rome dans l'intérêt de l'Etat.

ques cas exceptionnels, mais sert normalement de secours dans une situation donnée. On découvre d'ailleurs sans peine qu'elle garde cet aspect ici, parce qu'elle n'est pas en concours avec les moyens ordinaires de procédure. On est en droit de conclure alors que tel est bien son véritable caractère, et que, partout où notre institution n'apparaît pas de prime abord sous ce jour, on est fondé à la croire déformée par des influences diverses.

7° *L'effet extinctif de la « litis contestatio ».*

Nous avons vu déjà que l'effet extinctif de la *litis contestatio* entraîne quelquefois des conséquences injustes; le préteur l'a relevé notamment dans le cas du *falsus tutor*, et décide, par une clause spéciale de l'édit, que les procès où figure un pupille assisté d'un *falsus tutor* sont rescindables par voie d'*i. i. r.* Les sources contiennent un certain nombre de solutions, dans lesquelles l'*i. i. r.* semble répondre aux mêmes nécessités.

Parmi les passages en question, quelques-uns du livre 13 *ad ed.* d'Ulpien, paraissent attester l'existence de prescriptions édictales disparues. M. Lénel conjecture dès lors qu'au titre de in integrum restitutionibus de l'édit se trouvaient, à la suite des dispositions concernant les absents, plusieurs clauses relatives à la *restitutio litis* (1). Pour cette raison, l'auteur de la reconstitution de l'édit groupe à cette place les témoignages qui renferment une application de notre procédure, fondée sur un dommage résultant de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. D'autres romanistes ont signalé divers textes qu'il y a lieu d'ajouter aux précédents, parce qu'ils s'occupent de situations analogues. L'ensemble des uns et des autres offre le tableau d'une cause d'*i. i. r.*, dont on n'a peut-être pas assez jusqu'ici noté l'importance.

---

(1) V. Lénel, *E. P.*², p. 119.

L'intervention du préteur dans ce domaine n'est pas une innovation récente. Labéon en fournit un exemple, visant le créancier d'un fils de famille, qui croit son débiteur décédé et poursuit le père par l'action *de peculio* (1). Il est repoussé, parce que l'année utile est expirée. On s'aperçoit ensuite que le fils n'est pas mort; l'action *de peculio* est rendue contre le père. Ne pas revenir sur la première décision serait assurément contraire à l'équité. Et ce caractère injuste de l'effet extinctif de la *litis contestatio* se manifeste même, avec une particulière évidence, sur le terrain des actions *adjectitiæ qualitatis*.

La découverte à Strasbourg du papyrus, contenant un fragment des *Disputationes* d'Ulpien, apporte à cet égard les plus utiles renseignements. Elle facilite notamment l'interprétation d'un passage du Digeste (XV. I. 32 *pr.*), qui ne laissait pas d'être obscur auparavant. Ce texte prévoit l'hypothèse où plusieurs personnes, qui ne sont unies entre elles par aucun lien de société ou d'indivision, ont un esclave en leur puissance. Il dispose que l'exercice de l'action *de peculio* contre l'une libère les autres, mais ajoute aussitôt que, par équité, on permet le renouvellement de cette action contre ceux qui n'ont pas payé la dette à laquelle ils sont tenus. Cette restauration d'un moyen de droit éteint n'est possible, d'après une opinion qui remonte à Julien, qu'à raison d'une *i. i. r.* conduisant à la délivrance d'un *judicium rescissorium*. La suppression du mot *rescissorium* par les commissaires de Justinien rendait cette affirmation moins sûre. La solution du droit classique, connue d'après une source non altérée, prouve l'emploi de notre procédure dans cette matière en même temps que la tendance des byzantins à restreindre son champ d'application (2).

---

(1) *D.* XV. II. 1. 10 (Ulpien, *l. 29 ad ed.*). La plupart des auteurs voient dans les mots « *an rursus experiri tibi errore comperto permittendum est* » une allusion à l'*i. i. r.* V. les indications bibliographiques dans Solazzi, *L'editto de fructu prædiorum*, p. 31. n. 1. Erman (*Z. S. St.* 1899, p. 247 n. 2) a relevé le rôle de l'erreur dans cette intervention prétorienne.

(2) Dans le fragment de Strasbourg (II. 1) on lit : « *Sed licet hoc*

D'ailleurs, même au Digeste, les traces de l'*i. i. r.* ne sont pas complètemnent effacées. On peut s'en convaincre en lisant les commentaires de l'édit qui rappellent la faculté, pour un demandeur à l'action *de peculio*, de réclamer le montant intégral de ce qui lui est dû, dans les cas où l'esclave, ayant contracté au nom de son maître, a changé de propriétaire. Le créancier a, dans une certaine mesure, le choix d'agir contre l'acheteur ou le vendeur. S'il se tourne vers celui qui peut opposer une exception ou qui n'a pas entre les mains une part suffisante de pécule, il subit un préjudice; pour lui permettre de l'éviter, le préteur rend l'action *de peculio* après rescision du premier *judicium* (1). C'est encore grâce à l'*i. i. r.*, qu'un créancier peut obtenir *de peculio ordinarii* le complément de ce qu'on lui doit, quand il n'a pas eu pleine satisfaction par une première poursuite *de peculio vicarii* (2).

L'action *de peculio* semble offrir, par conséquent, un terrain propice à l'application de l'*i. i. r.* Cette particularité n'est point surprenante d'ailleurs, quand on prend soin de noter

---

jure contingat, tamen æquitas distat rescissorium judicium in eos dari, qui occasione juris liberantur », v. Girard, *Textes*[4], p. 490. Sur ce texte v. Duquesne, *Translatio judicii*, p. 218; Lévy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, p. 252.

(1) *D.* XV. I. 30. 5. (Ulpien, *l. 29 ad ed.) : subveniri* est favorable à l'idée d'*i. i. r. D.* XV. I. 47 3. (Paul, *l. 4 ad Plaut.) : ut rescisso superiore judicio, in alterum detur ei actio, cum, electo reo, minus esset consecutus.* Ce dernier passage surtout marque bien que la rescision du *judicium* a pour cause le mauvais choix du demandeur et pour effet la réparation du préjudice causé. V. Lévy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, p. 260-261.

(2) *D.* XV. I. 19 *pr.* (Ulpien, *l. 29 ad ed.) : sed si actum sit de peculio vicarii, agi poterit et de peculio ordinarii.* Erman *(Servus vicarius* dans *Recueil publié par la Faculté de Droit de Lausanne*, 1896, p. 517) a montré que cette répétition de l'action *de peculio* ne peut avoir lieu sans l'*i. i. r.* M. Lévy *(Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, p. 157) croit cette phrase interpolée et pense qu'Ulpien interdisait de renouveler l'action *de peculio ordinarii*, comme il interdit de renouveler l'action *de peculio vicarii* dans le cas inverse. Cette opinion attribue par conséquent aux compilateurs la suppression d'un *non*, qui a pour effet de rendre possible l'*i. i. r.;* elle est ainsi contraire à la tendance certaine des commissaires de Justinien qui, dans ce domaine même, ont effacé les traces de notre institution. Elle est donc peu vraisemblable.

que le demandeur de cette action déduit en justice, dans l'*intentio*, la totalité de son droit, et que néanmoins la *condemnatio* dépend de la consistance actuelle du pécule. Aussi lorsque le demandeur n'est pas à même, en agissant, d'apprécier la valeur du pécule entre les mains de son adversaire, le préteur paraît très disposé à ne pas maintenir l'effet extinctif de la *litis contestatio*, quand l'occasion se présente de donner au créancier plus entière satisfaction (1).

Nous le voyons encore intervenir, dans le même ordre d'idées, pour faire revivre l'action *institoria*. Cette dernière

---

(1) Il convient de citer à ce propos un fragment d'Ulpien, dont l'interprétation est fort discutée. On lit au Digeste XV. I. 30. 4. : *is, qui semel de peculio agit, rursus, aucto peculio, de residuo debiti agere potest.* M. Lénel *(E. P.*², p. 275) interprète ce passage comme une promesse, d'*i. i. r.*, au créancier qui n'a pas obtenu pleine satisfaction, pour profiter de toute augmentation du pécule postérieure à la *condemnatio*. M. Lévy *(Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, p. 244 n. 3) estime que cette opinion est en contradiction avec les principes posés par Gaius IV. 57 : si le montant de la *condemnatio* est inférieur au chiffre réclamé dans l'*intentio*, le demandeur n'obtient pas l'*i. i. r.;* la totalité de son droit, exprimée dans l'*intentio*, est éteinte d'une façon définitive; le défendeur au contraire est secouru plus facilement. Il est permis d'ajouter que si le magistrat venait en aide au demandeur dans notre espèce, par exception au droit commun, il aurait à plus forte raison protégé le défendeur contre les diminutions de pécule postérieures à la *condemnatio;* or, nous n'avons aucune trace de cette protection du défendeur. M. Lévy est ainsi conduit à voir, dans notre fragment, la simple affirmation que le créancier ayant agi *de peculio* ne peut plus profiter des augmentations futures du pécule. — Mais, lorsqu'on note le soin pris par les compilateurs pour effacer dans cette matière les allusions à l'*i. i. r.*, on a peine à croire que l'on ne se trouve pas ici en présence d'un cas d'*i. i. r.*, comme le conjecture M. Lénel. Dès lors, on peut supposer qu'Ulpien songeait, comme dans les textes précédemment examinés, à une erreur de choix de la part du créancier, en d'autres termes à l'hypothèse où le créancier a plusieurs débiteurs, hypothèse dans laquelle le préteur accorde facilement l'*i. i. r.* Cette manière de voir n'est pas en contradiction avec les termes de notre fragment. Elle semble même probable, à cause de la place occupée par ce dernier. Celui-ci est en effet encadré par d'autres développements qui supposent toujours pluralité de défendeurs à l'action *de peculio*. On ne saisit pas la raison qui aurait entraîné le jurisconsulte à glisser, au milieu de ces explications une courte phrase étrangère au cas où l'action *de peculio* a plusieurs défendeurs éventuels.

est restituée au créancier qui l'avait intentée à tort une première fois, croyant que l'esclave, avec lequel il a traité, avait reçu dans un but commercial de l'argent remis à titre de prêt (1).

Ces divers exemples, toutefois, ne doivent pas faire croire que les actions *adjectitiæ qualitatis* soient les seules dans lesquelles une application rigoureuse de la procédure civile semble contraire à l'équité. Ce sont les erreurs commises dans la rédaction de la formule, qui ont entraîné les plus courantes mesures de rescision basées sur l'injustice de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Dès le milieu du premier siècle de l'ère chrétienne, Proculus mentionne le fonctionnement de l'*i. i. r.* pour ce motif. D'après un fragment conservé au *D.* XI. I. 18 (2), il suppose qu'une personne héritière pour moitié est poursuivie par un créancier de la succession. A l'*interrogatio in jure*, elle répond qu'elle est héritière pour le tout. La formule de l'action est délivrée pour le montant intégral de la créance. Seulement le demandeur est en présence d'un adversaire insolvable. Le jurisconsulte lui permet de se retourner contre l'autre héritier, pour moitié, en demandant l'*i. i. r.* pour faire anéantir la première sentance. Plus tard, Celse rapportera la même opinion dans une espèce où quelqu'un agit en qualité d'héritier de son père, alors qu'il est exhérédé par un testament découvert après l'achèvement du litige. L'*i. i. r.* est également donnée, quand

---

(1) *D.* XIV. III. 13 *pr.* (Ulpien, *l. 28 ad ed.*). Erman *(Mélanges Appleton*, 1903, p. 267 n. 3) montre à l'aide des Basiliques, qu'il s'agit de la répétition de l'action *institoria*. M. Beseler *(Beiträge*, II, p. 14) croit l'*utilem ei actionem competere* interpolée. Mais M. Solazzi *(B. Ist. D. R.*, 1912, p. 115) remarque, avec justesse à notre avis, qu'Ulpien, parlant d'un créancier qui s'est trompé dans le choix de l'action exercée contre son débiteur, devait indiquer le moyen de réparer son erreur. Ce moyen suppose l'*i. i. r.*

(2) Julien, *l. 4 ad Urs. Fer. : Quærebat actor, cum ipse solvendo non esset, an rescisso superiore judicio in eum qui re vera heres erat, actio dari deberet. Proculus respondit rescisso judicio posse agi, idque est verum.* La rescision du premier *judicium* semble bien avoir pour cause, non le dol comme on l'avait pensé, mais l'erreur (v. Savigny, *Traité* III, p. 380; Duquesne, *Cicéron, Pro Flacco*, p. 24).

une personne affirme par erreur n'être pas héritière tandis qu'elle l'est en réalité (1).

Enfin Gaius nous transmet les règles du droit classique sur les erreurs de formule d'une façon générale. Il parle de la *plus petitio* dans l'*intentio* ou la *condemnatio*, ainsi que de l'omission d'une exception péremptoire (2). Ces inexactitudes ou ces oublis, sur lesquels il serait injuste de ne pas revenir, peuvent être corrigés au moyen de notre voie de recours. Mais le préteur ne rejette pas sans raison les prescriptions sévères de la procédure formulaire, qui attache à la *litis contestatio* la liaison définitive de l'instance. S'il se détermine à promettre l'*i. i. r.*, c'est qu'il voit, dans l'erreur commise par l'une des parties, un motif suffisant pour l'emploi d'une mesure d'équité (3).

Et lorsqu'on réfléchit sur les hypothèses précédentes, on s'aperçoit que telle est bien au fond l'idée plus ou moins cachée derrière ces diverses applications d'*i. i. r.* Qu'on prenne le *falsus tutor*, ou les formules préjudiciables soit en matière d'actions *adjectitiæ qualitatis* soit dans un autre domaine, on rencontre toujours une certaine erreur à la base des solutions du droit civil dont les conséquences apparaissent défectueuses. Il ne s'agit pas assurément d'une notion juridique bien définie; il n'est question que d'une erreur vulgaire, résultant parfois d'une ignorance. On croirait en définitive se

---

(1) *D.* XI. I. 11. 8 et 10 (Ulpien, *l. 22 ad ed.*). v. Solazzi, *L'editto de fructu prædiorum*, p. 34 n. 2; Cuq, *Manuel*, p. 833 n. 4. — *D.* XLIV. II. 11. *pr.* (Ulpien, *l. 75 ad ed.*) v. Brinz, *Lehrbuch des Pandekten*, 1873, I, p. 427 n. 5; Vangerow, *Pandekten*[7], I. p. 323, 4; Spaltenstein, *Wiedereinsetzung*, p. 175.

(2) Gaius IV. 53, 57, 125. Ce dernier texte indique que l'omission d'une exception dilatoire entraîne quelquefois l'*i. i. r.* Sur l'application de l'*i. i. r.* en cas de *plus petitio*, v. aussi Sénèque, *Epistolæ*, éd. Haase 5, 8 (48), 10 et Suétone, *Claudius*, ed. Roth, 14.

(3) Justinien (*Inst.* IV. 6. 33), qui permet de compléter Gaius (IV. 53), subordonne l'octroi de l'*i. i. r.* à une *magna causa justi erroris*. Gaius lui-même (IV. 125) parle d'une omission *per errorem* d'exception péremptoire. M. Lénel (*E. P.*[2], p. 120) pense que ces divers cas d'*i. i. r.* étaient prévus par plusieurs clauses. En tous cas, il semble à peu près certain que l'une d'elles, dont la portée paraît assez générale, mentionnait l'erreur comme motif de l'*i. i. r.*

trouver en présence d'une réforme amorcée, qui aboutirait à faire de l'erreur une cause d'*i. i. r.*, restreinte peut-être à la procédure.

La voie tracée par le magistrat est d'ailleurs assez visible pour que les jurisconsultes classiques n'aient pas craint de la suivre avec quelque assurance. Ulpien (1) paraît donner notre moyen de protection au demandeur, qui touche une portion seulement de sa créance, en poursuivant un de ses fidéjusseurs pour le tout au moment inopportun. Paul (2) permet de revenir devant le magistrat pour obtenir un nouveau *sponsor*, quand on découvre que la caution primitivement fournie était esclave, ou qu'elle est devenue héritière du débiteur principal et réciproquement, ou qu'elle avait essuyé une perte importante.

Le même jurisconsulte, il ne faut pas l'oublier, énumère précisément la *justus error* parmi les motifs généraux d'*i. i. r.* (3). Cette manière de s'exprimer concorde, en partie, avec la conclusion que l'on peut tirer des textes précédemment examinés. Il n'est pas douteux que le préteur ait accordé facilement son aide pour remédier à l'effet extinctif de la *litis contestatio*, quand la personne lésée est victime de son erreur. Entre les dispositions édictales relatives à la *litis contestatio* et l'erreur, existe un lien, dont le magistrat n'a probablement pas omis de tenir compte dans l'une ou l'autre des prescriptions formulées par lui, mais ignorées de nous.

---

(1) *D.* XLVI. I. 27 *pr.* (Ulpien, *l. 22 ad ed.)* v. Solazzi, *L'editto de fructu prædiorum*, p. 31 n. 1. Cependant il n'est pas sûr que l'*i. i. r.* soit possible dans ce cas, car le magistrat ne donnait peut-être action que pour partie contre l'un des fidéjusseurs. Cette question n'est pas encore complètement élucidée, v. Girard, *Manuel*[6], p. 772 n. 5.

(2) *D.* II. VIII. 8. 2 et 3, et 10. 1 (Paul, *l. 14 ad ed.)*. V. Solazzi, *L'editto de fructu prædiorum*, p. 34 n. 1. Ce dernier texte est moins sûr. (V. Lénel, *Z. S. St* 1918, p. 124). Il convient de remarquer que l'erreur sur l'état de la personne donnée comme caution est suffisante pour entraîner l'*i. i. r.*, tandis qu'elle ne l'est ordinairement pas pour faire prononcer la nullité des contrats *(D.* XVIII. II. 14. 3. Paul, *l. 5 ad Sab.)*. La conception de l'erreur n'était pas arrivée au même degré de perfection théorique dans les deux cas.

(3) *D.* IV. I. 2 (Paul *l. I. Sent.)*.

Toutefois l'état actuel de nos connaissances nous empêche de classer l'erreur parmi les causes générales d'*i. i. r.* D'ailleurs, il est peu probable que les Romains soient arrivés, pour l'octroi de notre moyen de protection, à donner à ce vice une importance égale à la *metus* et au dol. En effet, les conséquences de l'erreur se confondent parfois avec les conséquences de la *metus* ou du dol (1); elles sont alors effacées par l'*i. i. r. ob metum* ou *ob dolum* et n'exigent pas une réparation distincte. On conçoit que le préteur ait éprouvé une certaine hésitation à secourir les victimes d'une simple erreur, et n'ait réalisé qu'une assimilation incomplète de l'erreur avec les autres causes générales d'*i. i. r.*

Au surplus, l'essai tenté en matière de procédure devait être arrêté dans son développement par les transformations mêmes de cette procédure, qui ne reconnaît plus à la *litis contestatio* des effets absolus. Au Bas-Empire, les exceptions péremptoires peuvent être opposées pour la première fois après la *litis contestatio;* et les erreurs commises par le demandeur dans l'énoncé de ses prétentions n'empêchent pas de rechercher quelle est exactement l'importance du droit litigieux (2). Les circonstances se prêtaient donc mal à l'extension des applications d'*i. i. r. ob errorem;* mais ces applications avaient été assez fréquentes cependant pour laisser une empreinte montrant le dommage susceptible d'être causé par l'erreur seule, en même temps que le moyen d'y remédier.

8° L' « *alienatio judicii mutandi causa facta* ».

Nous savons avec plus de certitude que le préteur a traité, dans l'édit, de l'*alienatio judicii mutandi causa facta;* et, grâ-

(1) Cette idée, que l'on trouve exprimée par Spaltenstein *(Wiedereinsetzung*, p. 163), paraît contenir une grande part de vérité.

(2) V. Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, III, p. 245 et 268.

ce aux exemples de ces actes, dont le Digeste a perpétué le souvenir, nous pouvons connaître assez exactement en quoi consistent ces aliénations. Elles sont effectuées par une partie, sous la menace d'une action, dans le but de modifier les conditions d'existence d'un procès futur. Ce résultat peut être atteint par de multiples combinaisons. Tantôt celui qui veut échapper au débat judiciaire est remplacé par une personne plus dangereuse, à cause de ses connaissances approfondies de la procédure ou de la considération dont elle jouit (1). Tantôt le nouvel acquéreur est plus difficile à poursuivre, parce qu'il demeure dans une province éloignée (2). D'autres fois sa situation juridique est moins avantageuse pour l'adversaire que n'aurait été la situation juridique de l'aliénateur (3).

Mais l'embarras commence, dès que l'on cherche à pénétrer dans le système de protection organisé par l'édit pour supprimer les effets injustes de ces aliénations. Le préteur, sans doute, accorde à la victime une action *in factum*, pour l'indemniser du préjudice qu'elle éprouve à ne pas avoir l'aliénateur pour adversaire (4). A côté de ce moyen, deux

---

(1) *D.* IV. VII. *l.* 2 (Ulpien, *l. 13 ad ed.)* et *l.* 1. 1. et *l. 3 pr.* (Gaius, *l. 4 ad ed. prov.)*. M. Mitteis *(Mélanges Girard*, 1912, II, p. 228) soutient que le mot *potentior* est interpolé dans ces deux derniers passages. Il s'appuie sur une raison d'ordre grammatical (brusque passage du singulier au pluriel), qui n'est pas décisive pour le mot *potentior* lui-même, et sur une raison d'ordre historique, contre laquelle vient de s'élever, à bon droit, M. Kretschmar *(Z. S. St.* 1919, p. 148 n. 1). Celui-ci invoque les témoignages de Pline *(Epistolæ*, ed. Keil, VI. 31), de Sénèque *(Epistolæ*, ed. Haase, II, 2 (14), 3), de Fronton enfin, qui déclare à la suite de Salluste « *omne jus in validioribus esse.* » *(Epistulæ*, ed. Naber, p. 160), pour montrer que, dès les débuts de l'empire, la crainte de s'élever en justice contre des *potentiores* est bien une réalité.

(2) *D.* IV. VII. 1. 1. (Gaius, *l. 4 ad ed. prov.)*.

(3) Ainsi quand l'action *aquæ pluviæ arcendæ* est exercée contre l'acquéreur et non contre l'auteur des travaux *(D.* IV. VII. 3. 2. Gaius l. *4 ad ed. prov.)*, ou quand le fonds est aliéné par un possesseur de mauvaise foi à un possesseur de bonne foi qui usucape *(D.* IV. VII. *4. pr.* Gaius *l. 4 ad ed. prov.)*.

(4) *D.* IV. VII. 1. *pr.* (Gaius *l. 4 ad ed. prov.)*. Ce texte contenait probablement d'autres dispositions que la promesse d'une action *in fac-*

textes parlent d'*i. i. r.* L'un de Gaius (*D.* IV. VII. 3. 4), d'après lequel : « *Ex quibus apparet, quod proconsul in integrum restiturum se pollicetur, ut hac actione officio tantum judicis consequatur actor, quanium ejus intersit alium adversarium non habuisse* ». L'autre, une constitution de Dioclétien et Maximien (*C. J.* II. LIV. (LV). 1) rappelle que « *alienatione etiam judicii mutandi causa celebrata, in integrum restitutio edicto perpetuo permittatur* ».

Cette double mention de l'*i. i. r.* dans les sources, rapprochée de la place que l'*alienatio judicii mutandi causa* occupe dans les commentaires, décide aujourd'hui les interprètes à reconnaître dans ce domaine l'existence de notre institution, aussi bien qu'ils admettent le fonctionnement de l'action *in factum* (1). Toutefois, le langage des jurisconsultes classiques et des empereurs, transmis par les compilateurs de Justinien sous une forme obscure et rajeunie, laisse planer sur le rôle départi à chacun de ces moyens de procédure une incertitude qui n'est pas encore dissipée.

Jusqu'à ces dernières années, deux courants s'étaient dessinés dans la doctrine. Le premier voit, dans l'*i. i. r.* et l'action *in factum*, des moyens distincts et indépendants. Cette orientation est suivie par la majorité des auteurs, qui restent cependant très divisés sur l'emploi réservé par le préteur aux deux voies en question. Certains estiment qu'en principe la victime a le choix entre l'*i. i. r.* et l'action *in factum* (2);

---

tum, mais il la contient certainement (Partsch, *De l'édit sur l'alienatio judicii mutandi causa facta*, 1909, p. 49).

(1) V. l'exposé plus complet des arguments qui permettent d'affirmer l'existence de l'*i. i. r.* dans notre matière, chez Partsch, *De l'édit sur l'al. jud. mut causa*, p. 11. A cette page, note 1, sont indiqués les auteurs qui nient l'existence de ce cas d'*i. i. r.* On peut y ajouter dans une certaine mesure M. Beseler (*Beiträge*, II, p. 155) qui n'admet pas ici l'*i. i. r.* à l'époque classique. Sa conjecture n'est pas prise en considération par M. Lénel (*Z. S. St.* 1916, p. 110 et s.).

(2) Cette idée, entrevue déjà par Savigny (*Traité*, III, p. 109) est à la base du système de Karlowa (*R. R. G.* II, p. 1093), qui paraît attribuer un emploi identique aux deux moyens de procédure, contrairement à ce qu'écrivent M. Pissard (*N. R. H.* 1910, p. 382) et M. Krets-

d'autres pensent au contraire que l'*i. i. r.* est seule possible dans divers cas, l'action *in factum* seule possible dans les autres (1).

Le second parti est représenté par M. Lénel, qui, après s'être rallié un instant au point de départ des systèmes précédents, est revenu à son opinion primitive (2). Pour lui, l'*i. i. r.*, étant caractérisée par la *cognitio causæ* et le décret du préteur qui en forme la conclusion pratique, est le préliminaire de l'action *in factum :* elle permet au magistrat d'apprécier s'il y a eu *alienatio judicii mutandi causa*, et de décider si l'action *in factum* doit être accordée ou refusée. Mais la réparation des conséquences nuisibles de l'*alienatio judicii mutandi causa* s'obtient toujours par l'action *in factum.*

Choisissant un chemin dans lequel personne ne s'était encore engagé, M. Kretschmar a soutenu récemment avec vigueur une nouvelle opinion, qui tend, dans une certaine mesure, à concilier les deux points de vue considérés jusqu'à présent comme opposés l'un à l'autre (3).

Après avoir constaté la présence dans notre matière d'une *i. i. r.* et de l'action *in factum*, l'auteur cherche à déterminer la fonction propre des deux moyens, partout où ils se trouvent en concours à l'époque classique. D'un rapide examen des

---

chmar (*Z. S. St.* 1919, p. 142). Elle est adoptée comme nous le verrons par MM. Partsch et Pissard.

(1) M. Lénel (*E. P.*[2], p. 122) pensa, pendant un certain temps, que l'*i. i. r.* était le moyen convenable après un transfert de droit; l'action *in factum* était réservée aux transferts matériels. M. Mitteis (*Z. S. St.* 1909, p. 453) a proposé d'accorder l'*i. i. r.* quand le transfert fait perdre un droit, l'action *in factum* lorsque l'exercice du droit devient simplement plus difficile. Pour M. Kniep, les deux moyens ne sont pas appliqués dans les mêmes territoires : l'*i. i. r.* est promise par le préteur urbain, l'action *in factum* est usitée en province (*Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, 1910, p. 158). Nous ne reviendrons pas sur ces divers systèmes. M. Lénel a changé d'opinion et rejette avec raison les idées de Mitteis (v. aussi Pissard, *N. R. H.* 1910, p. 385) et de Kniep (v. *Z. S. St.* 1916, p. 109).

(2) V. Lénel, *E. P.*[3], p. 144 et *Z. S. St.* 1916, p. 111.

(3) V. Kretschmar, *Z. S. St.* 1919, p. 147 et s.

causes d'*i. i. r.*, il conclut que cette voie a pour objet de remédier à l'injustice découlant d'un rapport juridique, sans préoccupation de l'intention des parties. Quand une action *in factum* est aussi fondée, elle est au contraire destinée à réprimer le délit commis dans le but de faire naître entre les parties le rapport juridique préjudiciable.

M. Kretschmar se croit autorisé par Ulpien (*D.* IV. VII. 4. 1.) à transporter dans le domaine de l'*alienatio judicii mutandi causa* les remarques précédentes. Il en vient à penser que l'*i. i. r.* est accordée, lorsque l'*alienatio judicii mutandi causa* engendre un dommage, sans que l'aliénateur se soit dessaisi par dol de son bien. L'action *in factum* serait alors réservée au cas où l'aliénation est entachée de dol.

De plus, quand l'*i. i. r.* est obtenue, le demandeur, pour tirer de la décision prétorienne le bénéfice qu'il réclame, doit ordinairement exercer l'action en revendication. Il triomphera dans cette action seulement si l'aliénateur consent à remplir le rôle de défendeur, c'est-à-dire à se présenter *perinde ac si possideret*, selon l'expression de Gaius (*D.* IV. VII. 3. 5.). Si l'aliénateur refuse de défendre à l'action, il commet un dol, et rentre dans les conditions prévues pour être sous le coup de l'action *in factum*. Cette action pourrait donc parfois se superposer à l'*i. i. r.*, quoique les deux moyens aient en principe une zone d'application distincte.

Devant une aussi grande variété de systèmes, nous ne pouvons songer à discuter successivement les arguments invoqués en faveur de chacun. Nous nous bornerons seulement à fixer, à l'aide des sources, les limites dans lesquelles l'*i. i. r.* est accordée pour effacer les conséquences de l'*alienatio judicii mutandi causa* : ainsi ressortira son rôle à côté de l'action *in factum*. Mais comme nous avons à faire à une clause spéciale de l'édit, nous sommes obligés, pour connaître les aliénations susceptibles d'être rescindées, de savoir exactement d'abord ce que le préteur entend par *alienatio judicii mutandi causa facta*.

Du texte même de l'édit, nous ne possédons qu'une portion rapportée par Paul (*D.* IV. VII. 8. 1) et commentée par lui : « *quæve alienatio judicii mutandi causa facta erit* ». Il s'agit

par conséquent d'une aliénation quelconque (1), mais de l'aliénation d'une chose litigieuse antérieure au procès que l'on redoute; c'est l'explication littérale de la phrase, qui est du reste immédiatement donnée par le jurisconsulte : « *id est futuri judicii causa non ejus quod jam sit* », dit-il.

Karlowa avait cru trouver la trace d'une autre disposition édictale, visant l'aliénation postérieure au procès. Son opinion, victorieusement combattue, n'est plus soutenue (2); il est inutile de s'y arrêter longuement. Toutefois, il n'est peut-être pas superflu de revenir sur le fragment qui sert de point d'appui à sa thèse; il fournit, à notre avis, des renseignements qui n'ont pas été suffisamment dégagés.

C'est un extrait du livre 20 *ad Sabinum* (3), relatif aux répercussions des aliénations sur l'exercice de l'action *aquæ pluviæ arcendæ*. Quoique ce passage ne soit certainement pas la reproduction exacte du traité de Pomponius, on aperçoit néanmoins que le jurisconsulte examine successivement deux hypothèses différentes. La première vise l'aliénation du fonds endommagé; la seconde, l'aliénation du fonds sur lequel ont été effectués des travaux modifiant l'écoulement naturel des eaux pluviales. Dans ce deuxième cas, si l'aliénation a lieu avant que le dommage soit réalisé, l'acheteur doit être normalement poursuivi; cependant quand elle a été faite *judicii evitandi causa*, on peut, dans l'année, agir contre l'aliénateur. Ainsi, l'opposition entre le commencement et la fin du texte

---

(1) Ce terme est entendu très largement; il s'applique aussi bien aux transferts de droits *(D.* IV. VII. 4. 4., Ulpien *l. 13 ad ed.)* qu'aux simples transferts de possession *(D.* IV. VII. 4. 2. (Ulpien *l. 13 ad ed.)* et 8. 2 (Paul *l. 12 ad ed.).*

(2) M. Partsch *(De l'édit sur l'al. jud. mut. causa*, p. 16 et s.) passe au crible, comme il le dit, la doctrine de Karlowa et sa réfutation est acceptée par les auteurs plus récents (v. Pissard, *N. R. H.* 1910, p. 382).

(3) *D.* XXXIX. III. 16 : *Post venditionem et traditionem quod nocitum sit ei fundo, de quo ante judicium acceptum sit aquæ pluviæ arcendæ, nihilominus eo judicio venditorem posse consequi, non quia venditori, sed quod rei datum sit, idque eum, emptori restituere debere. Sed si ante quam noceatur is cum quo actum sit vendat, statim agendum cum emptore, vel intra annum cum eo qui vendiderit, si judicii evitandi causa id fecerit.*

est assez claire, pour qu'il n'y ait pas lieu d'attribuer à certaines obscurités de langage une importance capable de modifier cette symétrie.

Nous écartons, par suite, l'interprétation de Karlowa (1), qui ajoute à la dernière partie du fragment de Pomponius une circonstance dont le jurisconsulte ne semble pas s'être occupé : les aliénations du défendeur éventuel seraient postérieures à la *litis contestatio*. Or, il n'est pas douteux que Pomponius se place, au début, en présence des aliénations antérieures à la *litis contestatio*, puisque le bien aliéné est un fonds *de quo ante judicium acceptum aquæ pluviæ arcendæ*. Plus loin, s'il voulait supposer des aliénations postérieures à la *litis contestatio*, il l'aurait exprimé franchement. Il désigne bien l'aliénateur par les mots : « *is cum quo actum sit vendat* »; mais il indique aussitôt qu'une action peut être ultérieurement exercée soit contre l'acheteur, soit même parfois contre l'aliénateur. Et la locution employée n'est qu'une tournure impropre, échappée par mégarde à l'attention des compilateurs, qui paraissent avoir opéré précisément à cette place une coupure dans l'original (2).

Nous écartons également l'interprétation de M. Partsch, qui excipe du silence de Pomponius pour refuser de voir le *judicium aquæ pluviæ arcendæ* dans l'action donnée après l'aliénation émanant du défendeur éventuel (3). Pour nous, c'est la question, non des dommages-intérêts, mais de l'action *aquæ pluviæ arcendæ* qui est ici posée, en considérant l'aliénation du demandeur d'abord, du défendeur ensuite. Dans

---

(1) Karlowa, *R. R. G*, II, p. 1094.

(2) A la simple lecture du texte, on voit qu'au moment où la question des aliénations faites par le défendeur est abordée, il manque un exposé indiquant la façon dont se présente le procès éventuel. L'expression malencontreuse, par laquelle est désignée l'aliénateur, est très heureusement corrigée par Krueger (édition stéréotype du *Corpus juris*, I[12]), au moyen des mots *is a quo factum sit*.

(3) M. Partsch (*De l'édit sur l'al. jud. mut. causa*, p. 22) reconnaît très bien que le jurisconsulte semble donner le choix entre deux actions de portée égale, mais se refuse à croire que c'est de l'action *aquæ pluviæ arcendæ* qu'il s'agit, parce qu'il pense, à tort selon nous, que le procès sur cette action est déjà lié.

la dernière hypothèse, le texte mentionne justement que le dommage n'est pas encore produit quand l'aliénation est effectuée, et ne laisse pas entendre que ce dommage doive être subi pour autoriser le demandeur à poursuivre son adversaire. L'action possible dans une telle situation est l'action *aquæ pluviæ arcendæ*, qui permet de déduire en justice le préjudice futur. Comme celle-ci est donnée, non contre l'auteur du dommage, mais contre le propriétaire du fonds, elle est normalement intentée contre l'acquéreur dans notre espèce : Pomponius le rappelle précisément ici. Mais le jurisconsulte ajoute qu'elle est pourtant accordée, pendant un an, contre l'aliénateur si l'aliénation a lieu *judicii evitandi causa*. Cette allusion certaine à notre édit est d'autant plus intéressante qu'elle attesterait l'emploi de l'*i. i. r.* Car, si l'action *aquæ pluviæ arcendæ* est donnée contre l'aliénateur, son exercice nécessite la rescision préalable de l'aliénation. Ce témoignage en faveur de notre procédure se comprend d'ailleurs mieux dans un titre étranger à notre matière, puisque les compilateurs ont visiblement cherché à supprimer les traces d'*i. i. r.* au titre *de alienatione judicii mutandi causa facta;* il méritait bien une attention toute particulière.

A cette première condition, d'après laquelle l'aliénation, pour être traitée d'aliénation *judicii mutandi causa*, doit être antérieure au procès, vient s'en joindre une seconde non moins indispensable : il faut que l'aliénateur ait l'intention d'aggraver la situation de l'adversaire pour le litige à venir, en d'autres termes qu'il se dessaisisse de son bien par dol. D'après Ulpien, la mention du dol figurait dans l'édit : « *cum in hoc edicto doli mali fiat mentio* » (1). Nous avons vu que les exemples d'aliénations marquées de ce caractère sont nombreux et variés.

Les jurisconsultes, toutefois, paraissent avoir le souci de relever que toute aliénation *judicii mutandi causa* n'est pas forcément entachée de dol. Ils citent les aliénations effectuées pour raison d'âge, de santé, d'occupations impérieuses; celles

(1) *D.* IV. VII. 4. 3., voir aussi 4. 4. (Ulpien *l. 13 ad ed.).*

qui sont faites, soit à titre de paiement, soit en exécution d'une clause testamentaire ou, du moins en principe, d'une clause de rachat (1). Ainsi les commentateurs de l'édit distinguent deux catégories d'aliénations *judicii mutandi causa* : dans l'une, rentrent les aliénations faites avec dol; dans l'autre, celles qui sont faites sans dol. Les dispositions de l'édit s'appliquent aux premières seules.

Ces résultats, qui paraissent très nets, sont directement extraits du livre 13 *ad Edictum* d'Ulpien. M. Kretschmar prétend qu'un fragment de cet ouvrage contraint d'abandonner à cet égard la doctrine courante. C'est celui qui forme le § 1 de la loi 4 (D. IV. VII) et qui est ainsi conçu : « *Itemque fieri potest, ut sine dolo malo quidem possidere desierit verum judicii mutandi causa id fiat. Sunt et alia compluria talia. Potest autem aliquis dolo malo desinere possidere nec tamen judicii mutandi causa fecisse nec edicto teneri*, etc. ». La phrase initiale contiendrait l'indice que l'édit sur l'*alienatio judicii mutandi causa* visait aussi les aliénations faites sans dol, dans une disposition perdue qui renfermait précisément la promesse d'*i. i. r.* (2).

Ce passage paraît suspect à bon droit et M. Lénel parle du désordre chaotique *(Wirrwar)* qui semble y régner (3). Cependant la pensée d'Ulpien, quelque incomplète et déformée qu'elle soit, est visiblement de comparer les notions de *dolo desinere possidere* et de *judicii mutandi causa alienare*. Il constate que toute aliénation faite en vue d'éviter un procès ne constitue pas un abandon frauduleux de possession, et d'autre part que tout abandon frauduleux de possession ne

(1) *D.* IV. VII. *l.* 4. 3. et *l.* 10 (Ulpien *l. 13 ad ed.) l.* 8. 3-5 (Paul *l. 12 ad ed.)*. L'aliénation, faite en exécution d'une clause de rachat, serait *judicii mutandi causa*, si le rachat avait pour but d'aggraver les conditions du procès *(D.* IV. VII. 9, Paul *l. 1 ad ed. æd. cur.)*.

(2) M. Kretschmar avoue d'ailleurs lui-même qu'il faut lire entre les lignes pour donner au texte l'interprétation qu'il propose *(Z. S. St.* 1919, p. 147).

(3) V. Lénel, *Palingenesia*, II, p. 483, n. 5 et *Z. S. St.* 1916, p. 107 n. 2. La phrase commence notamment par un *itemque*, auquel rien ne correspond; elle continue par un renvoi à des exemples, qui ne sont pas énumérés.

constitue pas une aliénation *judicii mutandi causa* (1). Tandis que cette dernière proposition montre que la notion de *dolo desinere possidere* est plus large que la notion d'*alienatio judicii mutandi causa*, la première paraît simplement rappeler qu'une *alienatio judicii mutandi causa* peut n'être pas frauduleuse (2). Les mots *sunt et alia compluria talia*, qui suivent immédiatement et tiennent sans doute la place d'une phrase retranchée par les compilateurs, semblent renvoyer aux exemples d'aliénations *judicii mutandi causa* non frauduleuses discutés plus loin. Et comme Ulpien, dans ce passage, ne manifeste aucunement l'intention d'indiquer ici les décisions du préteur à l'égard de ces aliénations, il n'est pas permis de suppléer à son laconisme par une solution différente de celle qu'il donne ailleurs : l'édit ne s'applique qu'aux aliénations effectuées avec intention mauvaise (3).

---

(1) MM. Partsch *(De l'édit sur l'al. jud. mut. causa*, p. 52, n. 4) et Pissard *(N. R. H.* 1910, p. 391) expriment cette idée, mais n'en tirent pas les mêmes conséquences.

(2) Karlowa *(R. R. G.* II, p. 1097), suivi par M. Pissard, voit, dans cette deuxième proposition, la preuve qu'il existe une profonde différence entre le *dolo malo alienare judicii mutandi causa* et le *dolo malo desinere possidere*. Pour aboutir à cette conclusion, il faudrait démontrer qu'Ulpien complétait la première phrase de notre texte par l'affirmation que l'édit sur l'*alienatio judicii mutandi causa* s'applique. Sans doute le fragment commence par *itemque* et semble marquer une opposition, par un *autem*, entre la 2me et la 1re phrase. Mais la valeur d'*itemque* est bien diminuée par la présence d'un *item* au *principium* de la loi 4. Et rien n'oblige à croire que le *potest autem* ait un rapport avec l'application de l'édit.

(3) Girard, *Manuel*6, p. 1081 n. 2. L'opinion de M. Kretschmar sur l'*i. i. r.* et l'action *in factum* est exacte en ce sens que l'*i. i. r.* n'a pas le caractère pénal. Mais il ne s'ensuit nullement que ce moyen de protection soit exclu dès qu'il y a dol. En dehors de sa large application dans le domaine même du dol, son emploi ne paraît pas interdit dans les cas où la *fraus creditorum* et la présence d'un *falsus tutor* sont dues aux manœuvres dolosives. En matière de minorité, l'*i. i. r.* est accordée au mineur *circumscriptus*, c'est-à-dire victime d'un acte, sinon forcément, du moins généralement déloyal (v. Debray, *Mélanges Girard*, I, p. 275 et s.). Au surplus, si, après une *alienatio judicii mutandi causa*, l'*i. i. r.* était possible seulement en l'absence de tout dol, il faudrait expliquer sa disparition, qui n'aurait aucun rapport, comme on le croit d'ordinaire, avec l'extension de la règle *dolus pro possessione est*.

Certains auteurs prétendent qu'une troisième condition est nécessaire pour classer l'aliénation *judicii mutandi causa* au nombre de celles qui sont visées par notre édit. Elle devrait émaner du défendeur éventuel. Pour M. Lénel, qui adopte aujourd'hui cette manière de voir, il est incroyable d'accorder l'*i. i. r.* au demandeur éventuel, puisque l'édit a pour objet d'empêcher les actes perfides d'aliénation (1). Cette remarque est toute superficielle en réalité. L'*i. i. r.* est une procédure très souple, qui s'adapte aisément aux situations injustes pour y remédier. Or, le dommage existe à un égal degré, qu'il provienne d'une aliénation faite par le demandeur ou le défendeur. Lorsque le demandeur aliène *judicii mutandi causa*, il cause un préjudice au défendeur. L'*i. i. r.*, en obligeant l'aliénateur à poursuivre lui-même le défendeur, ne protège pas le demandeur éventuel, mais vient en aide à la personne lésée, au défendeur éventuel (2).

D'ailleurs ce raisonnement est conforme aux sources, qui paraissent admettre l'application de l'*i. i. r.* aux aliénations *judicii mutandi causa* effectuées par le demandeur éventuel. Au livre 5 des *Opiniones* (*D.* IV. VII. 11.) (3), Ulpien parle d'un soldat qui bénéficie d'une donation *judicii mutandi causa facta*. Le donataire désire intenter l'action que le donateur voulait éviter. D'après le jurisconsulte, le *prior dominus* doit agir personnellement pour montrer qu'il a transféré la chose, et non pas seulement un litige. Cette allusion au *prior dominus* prouve évidemment que le donateur n'est plus *dominus*, c'est-à-dire qu'il a transféré la propriété des choses données (4). Si le donateur doit cependant intenter

---

(1) V. Lénel (*Z. S. St.* 1916, p. 105) qui paraît adopter ainsi l'opinion de M. Partsch (*De l'édit sur l'al. jud. mut. causa*, p. 7).

(2) En ce sens,, v. Kretschmar, *Z. S. St.* 1919, p. 164.

(3) *D.* IV. VII. 11. : *Cum miles postulabat suo nomine litigare de possessionibus, quas sibi donatas esse dicebat, responsum est si judicii mutandi causa donatio facta fuerit, priorem dominum experiri oportere, ut rem magis quam litem in militem transtulisse credatur.*

(4) M. Partsch (*De l'édit sur l'al. jud. mut. causa*, p. 8) croit qu'il y a dans cette hypothèse un simple transfert d'action. Mais il serait étrange que cette cession ne permette même pas au cessionnaire d'in-

l'action qu'il a perdue, cette action lui a donc été rendue. Par là, ce texte établit que l'*i. i. r.* est employée pour rescinder les aliénations *judicii mutandi* causa faites par le demandeur (1); car l'obligation pour le donateur d'agir est, d'après Ulpien, la conséquence du caractère frauduleux de l'aliénation, et l'exercice de l'action *in factum* de notre édit ne se conçoit pas de la part du demandeur.

Marcien, au livre 14 des *Institutiones* (*D.* IV. VII. 12) (2) donne un autre exemple du même genre. Il envisage l'influence de l'*alienatio judicii mutandi causa* sur l'exercice de l'action *communi dividundo*. Examinant d'abord l'aliénation d'un objet déterminé, il se réfère à la loi Licinnia pour apporter la solution qui convient (3). Passant ensuite à l'aliénation d'une part indivise, Marcien rappelle que l'action *communi dividundo* appartient à l'acheteur en droit commun, c'est-à-dire quand l'aliénation est pleinement valable. Si l'aliénation est, au contraire, *judicii mutandi causa facta*, l'acquéreur est empêché par notre édit d'intenter l'action *communi dividundo*. Le texte omet de dire quelle protection l'édit accorde dans ce cas. Mais il paraît inadmissible de refuser, d'une manière absolue, l'action *communi dividundo* à l'un de

---

tenter l'action. Au surplus, la qualification de *prior dominus* paraît convaincante. Pour l'écarter, M. Partsch croit voir dans le texte une interpolation ou une plaisanterie. C'est avouer qu'une lecture impartiale du texte ne correspond pas à l'interprétation proposée.

(1) M. Lénel (*E. P.*², p. 122) donnait de ce texte une interprétation analogue à celle qui nous paraît la plus exacte. Dans sa nouvelle dissertation, il omet de dire comment il concilie ce passage avec la conception qu'il soutient désormais.

(2) *D.* IV. VII. 12. : *Si quis judicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit ex lege Licinnia ei interdicitur, ne communi dividundo judicio experiatur : verbi gratia ut potentior emptor per licitationem vilius eam accipiat et per hoc iterum ipse recipiat. Sed ipse quidem qui partem alienaverit communi dividundo judicio si agere velit, non audietur : is vero qui emit si experiri velit, ex illa parte edicti vetatur, qua cavetur, ne qua alienatio judicii mutandi causa fiat.*

(3) Cette première partie du texte, d'une interprétation difficile, ne paraît pas contenir d'application d'*i. i. r.* (v. Partsch, *De l'édit sur l'al. jud. mut. causa*, p. 17. n. 2; Mitteis, *Mélanges Girard*, II, p. 230; Kretschmar, *Z. S. St.* 1919, p. 161, n. 2).

ceux qui se trouvent dans l'indivision. L'opinion de Marcien implique, à notre avis, l'existence de l'*i. i. r.* pour rescinder l'aliénation et forcer l'aliénateur, par équité, à réclamer le partage (1).

Ces deux témoignages attestent que notre édit s'applique aussi bien quand l'aliénation émane du demandeur que du défendeur (2). Nous arrivons donc à conclure : l'intervention du préteur est promise, toutes les fois qu'une aliénation *judicii mutandi causa* est faite avant l'ouverture du procès relatif à la chose aliénée et pour nuire à l'adversaire éventuel de l'aliénateur.

Cette intervention, nous l'avons indiqué déjà, se manifeste par l'octroi de l'*i. i. r.* et d'une action *in factum*. Il importe de se demander maintenant, si les deux moyens peuvent être indifféremment utilisés après toute aliénation répondant aux conditions précédentes, ou s'ils se complètent réciproquement.

La difficulté provient de ce que les deux seuls textes, mentionnant l'*i. i. r.* dans notre domaine, ne présentent pas notre institution sous le même jour. L'un (*C. J.* II. LIV (LV) 1.) y voit une procédure à laquelle peut recourir une personne lésée, qui ne veut pas employer l'action *in factum*. L'autre (*D.* IV. VII. 3. 4) fusionne les deux moyens, et semble faire découler l'action *in factum* de l'*i. i. r.* En vérité, le problème serait insoluble si nous manquions de motifs valables pour ne point prendre à la lettre le passage de Gaius. Tous les auteurs reconnaissent qu'un jurisconsulte classique ne pouvait pas identifier l'*i. i. r.* et l'action *in factum;* ils découvrent sans peine d'ailleurs les indices des retouches byzantines (3).

---

(1) En ce sens Kretschmar, *Z. S. St.* 1919, p. 137 n. 2.

(2) En même temps qu'ils autorisent cette conclusion, les deux textes en question contiennent, comme nous l'avons vu, une application d'*i. i. r.* Leur conservation peut s'expliquer, dans une certaine mesure, parce que ces fragments ne sont pas extraits des commentaires *ad Edictum*. Les solutions qu'ils renferment ont pu être moins bien adaptées aux modifications apportées par les compilateurs aux texte et commentaire de l'édit.

(3) Le mot *apparet* suivi de *quod* et l'infinitif est une tournure byzantine (v. Lénel, *E. P.*², p. 121) que l'on retrouve dans d'autres textes

Dès lors, nous demeurons en présence de la constitution de Dioclétien et Maximien, qui consacre la liberté d'option entre l'*i. i. r.* et l'action *in factum*. Ce texte, le seul finalement qui fournisse une indication précise, semble probant, quoique sa teneur actuelle éveille des doutes sur l'authenticité de certaines expressions (1).

Cependant, M. Lénel persiste à croire qu'il ne faut pas mettre complètement de côté le fragment de Gaius; et son opinion mérite d'autant plus d'attention, qu'elle constitue un retour aux idées primitives de l'auteur, et n'est pas totalement écartée par M. Kretschmar, qui s'est occupé de notre édit en dernier lieu. Ces romanistes ne sont pas arrivés à recueillir des renseignements nouveaux sur l'*i. i. r.* Aussi s'en prennent-ils à l'action *in factum*, dont le rôle leur paraît assez défini pour attribuer à l'*i. i. r.* la simple fonction de procédure préparatoire à cette action.

M. Lénel estime d'abord que l'action *in factum* permet de réparer, aussi complètement que l'*i. i. r.* véritable, le préjudice causé par l'*alienatio judicii mutandi causa facta* (2). Il remarque ensuite que, nulle part, Gaius ne spécifie l'existence d'une action *in factum* comme moyen réellement isolé, et que, d'après Ulpien (*D.* IV. VII. 4. 5.), le droit de celui qui intente l'action *in factum* est porté, non directement, mais indirectement devant le juge. Il en déduit que l'action *in factum* donne à l'*i. i. r.* son efficacité, et l'accompagne dans toutes les circonstances.

également remaniés (v. Joers, Pauly-Wissova, V, 1, 1903, v° *Digesta*, p. 526).

(1) M. Lénel admet avec la plupart des auteurs que les compilateurs ont retouché ce fragment (*Z. S. St.* 1916, p. 111), notamment l'*intelligis quod* suivi de l'accusatif et de l'infinitif. (V. à ce sujet la réflexion de Kretschmar, *Z. S. St.* 1919, p. 139 n. 1).

(2) Se plaçant particulièrement au point de vue de la revendication, M. Lénel (*Z. S. St.* 1916, p. 107) soutient que l'*i. i. r.* est inutile parce que, grâce à l'action *ad exhibendum* et à l'interdit *quem fundum*, l'aliénateur peut être contraint de défendre à la revendication, puisque l'interdit et l'action *ad exhibendum* sont possibles contre celui qui *dolo desiit possidere*. L'action *in factum* permet de réparer tout le préjudice qui pourrait exister dans ce cas.

M. Kretschmar part du principe que l'action *in factum* est seule possible après les aliénations *judicii mutandi causa* faites par dol. S'appuyant sur des textes étrangers à notre matière (1), il pense que cette action devient, le cas échéant, un moyen de pression pour contraindre l'aliénateur à se prêter aux suites de l'*i. i. r.;* car un refus de ce dernier constitue un dol, qui donne ouverture à l'action *in factum*. Ainsi peuvent parfois se combiner l'action et l'*i. i. r.*

Nous ne voulons pas nous attarder à discuter les arguments bien fragiles, invoqués par M. Kretschmar pour assigner à l'action *in factum* le rôle dont nous venons de parler. Il nous suffit de constater que le résultat auquel il arrive est en contradiction avec les règles générales de la procédure romaine. En effet, ou bien l'*i. i. r.* permet d'intenter la revendication, pour nous en tenir au cas usuel, ou bien elle ne le permet pas. Dans la première alternative, le défendeur peut ne pas se défendre *uti oportet;* il s'expose alors à des sanctions qui sont fixées par les règles générales de la procédure et ne comprennent pas l'action *in factum* (2). Pour voir dans l'action *in factum* un moyen de contrainte, il faudrait un texte précis qui n'existe pas.

Le système de M. Lénel aussi est loïn d'être décisif. Dût-on reconnaître avec lui que l'*i. i. r.* et l'action *in factum* procurent en fait le même dédommagement (3), on n'est point obligé d'en déduire que ces deux moyens n'aient pas été mis séparément, par le préteur, à la disposition des personnes à protéger contre une aliénation *judicii mutandi causa*. Le lan-

---

(1) *D.* L. XVII. 199 (Javolénus *l. 6 ep.)* ainsi que les textes cités dans *Z. S. St.* 1919, p. 152 n. 3.

(2) V. Girard, *Manuel*[6], p. 1020.

(3) Il semble exact, mais en matière mobilière seulement, que l'utilité de l'*i. i. r.* soit bien affaiblie par la possibilité d'intenter l'action *ad exhibendum* contre celui qui *dolo desiit possidere* (v. Girard, *Manuel*[6], p. 348, n. 3). En matière immobilière, au contraire, l'*i. i. r.* garde son importance, car l'interdit *quem fundum* suppose que le procès est engagé et que le défendeur ne se défend pas *uti oportet* (Girard, *Manuel*[6], p. 347, n. 4). Or, pour intenter la revendication, dans notre espèce, il faut au préalable rescinder l'aliénation.

gage d'Ulpien (*D.* IV. VII. 4. 5.) se concilie parfaitement avec notre manière de voir. En disant que l'action *in factum* cesse d'être donnée quand la chose aliénée est reconnue ne pas appartenir au demandeur ou quand l'esclave aliéné meurt sans la faute de l'acheteur, le jurisconsulte se borne à tirer les conséquences d'une vérité banale : l'application de l'édit est subordonnée à l'intérêt du demandeur à solliciter l'intervention du préteur.

Selon la remarque de Karlowa (1), l'*i. i. r.* est une procédure de rescision qui rend l'exercice d'une action éteinte ou paralysée, mais n'ouvre jamais la possibilité d'intenter une action nouvelle et surtout une action en indemnité *ex delicto*. Cette observation, que l'on peut opposer aux théories de MM. Lénel et Kretschmar, nous ramène naturellement à l'interprétation normale de la constitution de Dioclétien, qui semble mettre sur le même pied l'*i. i. r.* et l'action *in factum*, en laissant à l'intéressé le soin de choisir la voie la meilleure (2). L'option paraît être la règle du droit classique. Gaius même ne l'ignore point puisqu'il conçoit la faculté, pour une personne lésée par l'*alienatio judicii mutandi causa*, d'avoir recours à l'*utile judicium* dans une espèce où le dommage est réparable par l'action *in factum* (3). Et c'est la seule idée compatible avec les caractères généraux et connus de nos deux moyens de procédure, qui n'obéissent pas dans notre domaine à des règles particulières, puisque aucun texte ne l'affirme explicitement.

Si le préteur inséra, dans l'édit sur l'*alienatio judicii mutandi causa*, une double promesse générale d'*i. i. r.* et d'action

---

(1) Karlowa, *R. R. G.* II, p. 1092.

(2) *C. J.* II. LIV. (LV). 1 : *quem elegeris conveniendi tibi tributam esse jure facultatem.*

(3) Même, si avec Beseler (*Beiträge*, II, p. 154) et Lénel (*Z. S. St.* 1916, p. 108), on voit dans *D.* IV. VII. 3. 5. la preuve que l'aliénateur est libre d'accepter ou non la revendication, ce qui ne découle pas obligatoirement des termes employés par Gaius, ou plutôt prêtés à ce jurisconsulte comme le reconnaissent ces romanistes, la distinction des deux moyens paraît nettement établie.

in factum, la nature même de l'*i. i. r.* devait toutefois limiter un peu le champ d'application de cette voie de recours.

L'*i. i. r.* ne pouvait être réclamée pour supprimer l'affranchissement d'un esclave, accompli par un maître dans le but de se soustraire au procès. Ce n'est pas une aliénation à proprement parler, il est vrai; mais lors même que l'on devrait considérer comme telle cette mesure, il est admis que l'on ne revient pas sur les affranchissements par faveur pour la liberté. L'adversaire frustré n'est dédommagé que par l'action *in factum* dans cette hypothèse (1).

Un autre cas prévu par Gaius (*D.* IV. VII. 3. 3.) ne semble pas comporter l'emploi de notre institution. Un propriétaire, ayant reçu personnellement *operis novi nuntiatio*, aliène un fonds *judicii mutandi causa*, en faveur d'un tiers qui exécute les travaux défendus. La personne lésée, d'après le jurisconsulte, ne peut demander l'*interdictum demolitorium*, ni contre l'acquéreur, ni contre l'aliénateur. L'aliénation ne fait pas perdre un droit qui n'existe pas encore, et n'est par conséquent pas restituable. Il est même étrange que ce droit éventuel soit ainsi anéanti; il est plus équitable d'admettre avec Paul et Javolénus que l'acquéreur reste tenu (2). Dans tous les cas, le préjudice est toujours réparable par l'action *in factum*.

Lorsque l'aliénation modifie les conditions d'exercice de l'action *aquæ pluviæ arcendæ*, elle ne serait pas, pour quelques auteurs, rescindable par voie d'*i. i. r.* La victime dispose déjà de l'interdit *quod vi aut clam;* elle n'a pas besoin de l'action *aquæ pluviæ arcendæ*, qui nécessiterait l'emploi de l'*i. i. r.*, et cette procédure, dit-on, n'est donnée qu'en l'absence

---

(1) *D.* IV. III. 7. *pr.* (Ulpien, *l. 11 ad ed.) : nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio locum habere potest.* V. Buchardi, *Wiedereinsetzung*, p. 140; Keller, *Der römische Civilprozess und die Aktionen*[6], 1883, p. 408. Et ce principe semble posé depuis longtemps (v. Debray, *Mélanges Girard*, I, p. 308). Le raisonnement contraire de M. Pissard paraît inadmissible (v. Pissard, *N. R. H.* 1910, p. 384).

(2) *D.* XXXIX. I. *l.* 8. 7 et *l.* 23. V. sur cette question l'opinion conforme de MM. Partsch *(De l'édit sur l'al. jud. mut. causa*, p. 46) et Pissard *(N. R. H.* 1910, p. 384).

d'autres voies de recours (1). Nous avons eu l'occasion de constater maintes fois que notre moyen de protection n'est pas rigoureusement subsidiaire. L'*i. i. r.* est possible toutes les fois qu'elle assure une réparation plus efficace, plus complète. Or, l'action *aquæ pluviæ arcendæ* présente au moins, sur l'interdit *quod vi aut clam*, l'avantage de n'être pas subordonnée à la condition de violence ou clandestinité. De plus Pomponius semble accepter le fonctionnement de notre procédure dans cette matière : c'est le plus sûr motif de croire que l'*i. i. r.* n'en était pas exclue (2).

A part ces rares exceptions, l'*i. i. r.* et l'action *in factum* avaient l'une et l'autre le même objet : réparer les dommages causés par l'*alienatio judicii mutandi causa*. Ce concours de deux moyens de procédure dans un seul domaine n'a d'ailleurs rien de surprenant, comme le remarque M. Pissard : c'est un exemple nouveau de cette dualité de secours prétoriens notés à propos de la *metus*, du dol, de la *fraus creditorum*, du *falsus tutor* (3). La cause de cette particularité doit être ici et là dans l'origine historique des prescriptions édictales. Mais sur cette question, nous n'avons aucune donnée précise; nous sommes simplement en présence des résultats de notre étude. L'action *in factum* nous apparaît comme le remède le plus courant pour détruire les effets nuisibles de l'*alienatio judicii mutandi causa*, d'un usage plus étendu même que l'*i. i. r.*, dont l'emploi est nécessairement écarté dans certains cas. Quant à l'*i. i. r.* les traces de son application sont à peine maintenues par les commissaires de Justinien qui n'en comprennent plus l'utilité : le *dolo malo desinens possidere* est désormais admis à défendre directement à la revendication, et l'action *in factum* est suffisante pour les

(1) C'est l'opinion de Pissard (*N. R. H.* 1910, p. 384) vers laquelle semble pencher M. Partsch (*De l'édit sur l'al. jud. mut. causa*, p. 40, n. 1).

(2) *D.* XXXIX. III. 16.

(3) C'est l'opinion de M. Partsch (*De l'édit sur l'al. jud. mut. causa*, p. 47) et de M. Pissard (*N. R. H.* 1910, p. 387) qui exposent toutefois le fonctionnement de l'action *in factum* de manière quelque peu différente.

quelques autres hypothèses ou l'*alienatio judicii mutandi causa* occasionne un préjudice injuste (1). Nous sommes bien tenté d'adopter alors la conjecture de Karlowa (2), d'après laquelle l'*i. i. r.* est le premier pas du préteur sur la voie des mesures édictées pour supprimer les conséquences dommageables de l'*alienatio judicii mutandi causa*. Créée plutôt pour atteindre l'auteur de l'acte répréhensible, l'action *in factum* parvient au même résultat, et devient le secours normal, dans ce domaine, à cause de son caractère moins arbitraire et de son plus large champ d'application. La réforme entreprise trouve son plein épanouissement d'ailleurs dans la permission donnée à la victime d'agir directement contre celui qui a cessé par dol de posséder (3).

L'édit contenait peut-être encore, au titre *de in integrum restitutionibus*, une disposition étendant l'*i. i. r.* à l'héritier mineur des mineurs de 25 ans (4); cette clause semble donc se rapporter aux mineurs et ne rentre pas dans le cadre de notre étude. Ulpien (*D.* IV. I. 6.), il est vrai, prétend que cette règle est également en vigueur chez les majeurs. Mais c'est une extension post-édictale que nous retrouverons ultérieurement.

---

(1) V. les conclusions de M. Partsch (*De l'édit sur l'al. jud. mut. causa*, p. 57).

(2) Karlowa, *R. R. G.* II, p. 1093.

(3) M. Pissard (*N. R. H.* 1910, p. 389) prétend que cette manière de voir est presque absurde. Mais il ne fournit que de bien faibles arguments à l'appui de son assertion. Comme lui, nous croyons que l'*i. i. r.* a préparé l'extension de la revendication contre celui qui *dolo desiit possidere*. Mais nulle part, l'action *in factum* n'est présentée comme le point de départ de cette évolution. La place de notre édit au titre *de in integrum restitutionibus* est favorable à l'antériorité de l'*i. i. r.* D'autre part, le maintien à peu près exclusif de l'action *in factum* au Digeste est peu conciliable avec l'idée que l'*i. i. r.* l'aurait perfectionnée.

(4) *D.* IV. IV. 19 (Ulpien *l. 13 ad ed.*) : *Interdum tamen successori plus quam annum dabimus, ut est edicto expressum, si forte ætas ipsius subveniat.* C'est sur ce passage que M. Lénel (*E. P.*², p. 125) étaie sa conjecture, qui n'est pas acceptée sans réserve (v. Partsch, *De l'édit sur l'al. jud. mut. causa*, p. 13, n. 1).

Avant d'abandonner l'édit, nous devons essayer de dégager la physionomie de notre institution à l'époque classique.

La juxtaposition des clauses, que nous venons de passer en revue, fait, à elle seule, ressortir avec quelle facilité le préteur recourait à l'*i. i. r.* pour venir en aide aux majeurs. Un patrimoine est-il amoindri par des actes entachés de *metus*, dol ou *fraus creditorum*, ces actes sont rescindés au moyen de l'*i. i. r.* Si même il s'agit d'actes de procédure, une simple erreur suffit pour décider le magistrat à permettre de recommencer ces actes contraires à l'équité. Une personne subit-elle une *capitis deminutio minima*, est-elle absente ou traitée à l'égal des absents, le préteur utilise notre procédure pour supprimer l'injustice qui en résulte.

Et, lorsqu'on cherche à pénétrer par la pensée dans la vie juridique des Romains, on se rend compte que notre institution est, non d'une application exceptionnelle, mais d'un emploi très fréquent. Cette idée trouve, croyons-nous, une confirmation, dans les cas d'*i. i. r.* que nous avons à peu près passé sous silence, précisément parce qu'ils semblent découler, plus de la simple constatation d'un préjudice injustement causé, que de la cause même de ce préjudice : nous voulons parler des nombreux exemples d'*i. i. r.* opérés par le procédé de l'antidate.

Un témoignage significatif à ce point de vue est contenu dans un passage d'Ulpien relatif à l'interdit *de itinere actuque privato* (1). Si celui qui possède une servitude de passage ne se trouve plus dans les conditions requises pour obtenir utilement la reddition de l'interdit, il peut solliciter l'*i. i. r.*, afin que l'interdit porte une date antérieure au motif qui avait empêché l'exercice de la servitude. Parmi ces causes, le

---

(1) *D.* XLIII. XIX. 1. 9 (Ulpien *l. 70 ad ed.*) : *Si quis propter inundationem usus non sit itinere actuque hoc anno, cum superiore usus sit, potest repetita die hoc interdicto uti per in integrum restitutionem ex illa parte « si qua mihi justa causa esse videbitur ». Sed et si per vim hoc ei contigerit, in integrum eum restitui oportere Marcellus probat. Præterea et aliis casibus interdictum repetita die competit, ex quibus in integrum quis restitutionem impetrare solet.*

jurisconsulte mentionne la violence, les empêchements assimilables à l'absence, et tous les motifs pour lesquels on a coutume d'accorder l'*i. i. r.* On a l'impression que le magistrat usait de ce procédé chaque fois qu'il lui paraissait inique de ne pas rendre l'interdit, sans se préoccuper, outre mesure, des raisons pour lesquelles l'interdit ne devrait régulièrement pas être prononcé. Et l'emploi de l'antidate ne semble point réservé à ce seul interdit (1). Dans le domaine des stipulations prétoriennes aussi, cette manière d'opérer est encore attestée à propos de la *cautio damni infecti* (2).

Ce sont autant d'indications qui fournissent un sérieux point d'appui à la conjecture, émise il y a peu d'années, d'après laquelle la *translatio judicii* aurait été réalisée par la même méthode (3). Que la *translatio judicii* nécessite une rescision par voie d'*i. i. r.*, on ne saurait en douter dans les cas nombreux où le transfert se lie à la modification d'un élément de fond du procès. Mais, en toute hypothèse, la *translatio judicii* exige à la fois la destruction de l'effet extinctif et le maintien des effets positifs de la première *litis contestatio;* or, il semble bien que ce résultat soit atteint au moyen d'une *litis contestatio repetita die*. L'usage de la *litis contestatio repetita die* n'est pas une invention; et seul, il permet de rescinder le *judicium* primitif, opération qui implique l'emploi de l'*i. i. r.*, et de conserver au nouveau *judicium* la date de l'ancien, formalité indispensable pour faire survivre partiellement la première *litis contestatio*.

Quoiqu'un peu spéciale, cette application de notre procédure offre un grand intérêt à cause de l'importance pratique considérable qu'elle avait chez les Romains. La représentation judiciaire et l'acquisition d'hérédité, pour ne parler que

---

(1) *D.* XXXIX. I. 5. 7. (Ulpien *l. 52 ad ed.)* V. Duquesne, *Translatio judicii*, p. 108.

(2) *D.* XXXIX. II. 15. 31 (Ulpien, *l. 53 ad ed.)* V. Duquesne, *Translatio judicii*, p. 110.

(3) C'est le résultat de l'étude de M. Duquesne *(Translatio judicii*, notamment p. 99, 115, 121) dont les conclusions ont été adoptées par Wenger *(Z. S. St.* 1911, p. 462).

des cas les plus répandus, fournissaient au préteur maintes occasions d'effectuer une *translatio judicii*. Et s'il avait recours à l'*i. i. r.* pour obtenir ce résultat, c'est qu'il voyait, dans cette mesure, le moyen par excellence de conformer une situation juridique aux exigences de l'équité. Sans doute, le magistrat se réserve la *cognitio causæ* avant d'accomplir le transfert, mais il ne se considère pas absolument lié par les motifs énumérés au titre *de in integrum restitutionibus* de l'édit (1).

Un usage aussi fréquent de notre procédure aurait dû laisser dans les sources des traces nombreuses et précises. Or, aucun texte, visant la *translatio judicii*, ne fait une allusion expresse à l'*i. i. r.* Ce silence, de prime abord surprenant, s'explique très bien quand on prend soin de ne pas oublier par quels intermédiaires les écrits des jurisconsultes classiques sont arrivés jusqu'à nous. Au temps de Justinien, le changement dans la composition du tribunal ou dans la personne des plaideurs est un simple incident de procédure, qui peut être réglé sans faire appel aux pouvoirs des magistrats revêtus de l'*imperium* (2). C'est naturellement sous ce jour que la *translatio judicii* nous est dépeinte. Et ce tableau d'une institution transformée nous apprend que, sur ce terrain, comme sur beaucoup d'autres, l'*i. i. r.* est de plus en plus éliminée des voies de recours usitées au Bas-Empire.

De la sorte, ce procédé de l'antidate met en lumière les services que l'*i. i. r.* rendit, à l'époque où l'édit eut atteint sa

---

(1) V. l'édit sur la *translatio judicii* en matière de représentation judiciaire dans *Fr. V.* 341. Parmi les textes qui mentionnent une application de *translatio judicii*, un grand nombre la rattache aux motifs connus d'*i. i. r.* : par exemple le dol (*D.* IV. III. 7. 9, Ulpien *l. 11 ad ed.*); la *capitis deminutio* (*D.* V. II. 22. 3. Tryphoninus, *l. 17 disp.*), l'absence ou empêchements analogues (*D.* III. III. *l.* 8. 3. (Ulpien, *l. 7 ad ed.*) et *l.* 21 (Gaius, *l. 3 ad ed. prov.*). D'autres pourraient, à la rigueur, être rattachés aux dispositions de l'édit sur l'erreur dans les procès; mais beaucoup restent en dehors des causes prévues dans l'édit. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir les diverses applications de *translatio judicii*, v. Duquesne, *Translatio judicii*, p. 123 et s.

(2) Duquesne, *Translatio judicii*, p. 9 et s.

forme définitive et consacré de la façon la plus complète les innovations prétoriennes. Or, par suite du nombre des clauses édictales intéressant l'*i. i. r.*, de leur teneur et de leur interprétation, il est à peine exagéré de dire que notre procédure tient lieu de remède, partout où l'équité n'occupe pas la place qu'elle doit avoir. Dans la plupart des cas, il est vrai, sous des influences variées, son développement est arrêté, son usage se réduit; ses applications, alors plus rares, témoignent encore de son utilité. Et sa véritable fonction survit d'ailleurs en matière d'absence, chez les majeurs, comme elle ne cesse de constituer une garantie pour les mineurs. Ainsi l'*i. i. r.* apparaît avec un rôle traditionnel bien établi, servant à l'amélioration des institutions juridiques. Mais, de même que l'édit perpétuel fut une étape et non le terme de la marche progressive du droit romain, de même l'*i. i. r.* ne demeure pas confinée dans les limites fixées par l'édit; elle contribua pour une part, dans la suite, aux nouvelles conquêtes de l'équité.

CHAPITRE IV

Les applications de l' « in integrum restitutio » après la codification de l'édit.

Si l'œuvre de S. Julien ne brisa pas totalement l'activité édictale du préteur urbain, elle eut au moins pour effet de la réduire à des proportions infimes (1). Depuis un demi-siècle environ, l'esprit d'initiative des magistrats, qui modifièrent adroitement et profondément la législation romaine, avait déjà beaucoup diminué. Ce changement était en rapport étroit avec les restrictions apportées à leur indépendance, au cours du Principat. Les préteurs sont toujours élus annuellement; mais, sans retenir l'action du prince sur leur élection, ils deviennent peu à peu de simples fonctionnaires de la monarchie. Leurs attributions judiciaires, qu'ils gardent sous les premiers empereurs, sont insensiblement réduites au profit des agents directement nommés par le souverain (2).

De telles modifications eurent une répercussion particulièrement sensible dans le domaine de l'*i. i. r.* Car, cette voie de recours, quoique réglementée dans une certaine mesure par le magistrat et la coutume, continuait à dépendre d'une appréciation arbitraire du préteur. La nouvelle position de ce dernier devait avoir dans ces conditions une double conséquence.

---

(1) Sur le maintien de l'activité prétorienne sous l'empire, v. Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, II, p. 753 et Erman, *Mélanges Appleton*, p. 258.

(2) Mommsen, *Dr. pub.* V. p. 198.

Les Romains, perdant confiance dans l'esprit d'équité des magistrats, s'efforcent de soustraire leurs droits individuels au pouvoir discrétionnaire du préteur. Quand ils désirent obtenir l'*i. i. r.*, ils préfèrent souvent consulter tout d'abord l'empereur (1), qui impose moralement en général sa manière de voir aux fonctionnaires préposés à l'administration de la justice. Ainsi s'explique à la fois que les parties recourent à cette procédure seulement quand elles ont avantage à ne pas employer d'autres moyens de protection, et que les applications des édits sur l'*i. i. r.* soient en grand nombre mentionnées dans des rescrits impériaux.

En second lieu, le magistrat lui-même redoute désormais les responsabilités; il craint de solutionner les questions qui ne sont pas prévues et réglées par des textes ayant force de loi, au moins à ses yeux sinon en droit; il aime à se retrancher derrière l'autorité impériale (2).

Il s'ensuit que l'empereur prend insensiblement la place du magistrat dans notre procédure, non pas d'habitude pour indiquer le meilleur procédé tendant à réaliser l'*i. i. r.*, mais pour accorder ou refuser cette mesure elle-même. C'est lui, qui se charge de décider si l'intervention prétorienne est équitable ou non.

Ainsi, cet attribut de l'*imperium* passe sur la tête de celui qui détient la puissance souveraine. Et désormais les barrières, qui gênaient les innovations du préteur, n'arrêtent plus la marche conquérante de l'esprit de justice. L'*i. i. r.*, après avoir puissamment facilité l'introduction des grandes réformes prétoriennes, apparaît à l'empereur parfois encore comme le moyen efficace d'améliorer le sort des individus. C'est à cette idée que l'on peut rattacher l'extension de certaines clauses édictales en dehors des limites fixées par le préteur.

Dans la dernière disposition des édits sur l'*i. i. r.*, le magistrat semblait, avons-nous dit, assurer la transmission du

(1) Il suffit pour s'en convaincre de relire, par exemple, les applications d'*i. i. r.* que nous avons signalées en matière de *metus* et dol.

(2) V. notamment *D.* IV. I. 7. *pr.* et IV. IV. 11. 2 et Mommsen, *Dr. pub.* V. p. 267.

droit d'employer notre secours aux héritiers des mineurs. Ulpien nous apprend que des constitutions impériales ont appliqué cette règle aux successeurs de tous ceux qui pouvaient réclamer notre voie de recours (1). Cette modification, il est vrai, concerne plutôt la nature du droit de demander l'*i. i. r.* que le champ d'application de cette procédure. Il n'est point superflu de la mentionner ici, car les empereurs paraissent avoir non seulement prolongé, au bénéfice des successeurs, la situation juridique de leur auteur, mais ouvert plus largement en leur faveur le droit de réclamer l'*i. i. r.* Dans ce même passage d'Ulpien, en effet, nous lisons que le maître d'un esclave, dont l'affranchissement serait révoqué pour cause d'ingratitude, peut obtenir l'*i. i. r.*, si l'esclave a fait une adition d'hérédité onéreuse pendant qu'il était libre. Or, l'édit ne promettait pas aux majeurs la restitution du *jus abstinendi*, quand une hérédité apparaissait, après acceptation, plus onéreuse que lucrative (2). Nous sommes donc en présence d'une véritable extension de l'édit : un majeur est mieux protégé contre les surprises réservées par une acceptation d'hérédité nuisible, s'il est successeur de l'héritier que s'il subit directement une lésion de ce chef.

Au reste, les empereurs ne demeurent point complètement impassibles devant l'injustice que pouvait présenter le maintien d'une adition d'hérédité qui tourne au détriment du successeur majeur. Hadrien accorde l'*i. i. r.* dans une espèce où

---

(1) *D.* IV. I. 6 (Ulpien *l. 13 ad ed.*) : *Non solum minoris, verum eorum quoque qui reipublicæ causa afuerunt, item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt : et ita sæpissime est constitutum. Sive igitur heres sit, sive is cui hereditas restitua est sive filiifamilias militis successor, in integrum restitui poterit. Proinde et si minor in servitutem redigatur vel ancilla fiat, dominis eorum dabitur non ultra tempus statutum in integrum restitutio. Sed et si forte hic minor erat captus in hereditate quam adierit, Julianus libro septimo decimo digestorum scribit abstinendi facultatem dominum posse habere non solum ætatis beneficio, verum et si ætas non patrocinetur : quia non ad piscendæ hereditatis gratia legum beneficio usi sunt, sed vindictæ gratia.* La fin du texte surtout paraît interpolée car le sujet d'*usi sunt* est *dominus*.

(2) Justinien, *Inst.* II, 19, 5.

des dettes, d'abord cachées, sont découvertes plus tard. Gordien généralise cette solution pour les militaires. Justinien achève la réforme; mais au lieu de promettre la rescision de l'acceptation à tout héritier qui, sans cela, serait obligé même *ultra vires successionis*, il décide que tout successible acceptant serait tenu seulement dans la mesure de l'actif, à condition de faire dresser un inventaire de l'hérédité (1). Ainsi l'*i. i. r.* devient, entre les mains des empereurs, l'instrument qui fraye un chemin aux réformes du Bas-Empire; il n'est peut-être pas indifférent de le remarquer. Mais il faut noter en même temps que l'idée d'équité, dont l'empereur est le champion, lui est ordinairement suggérée par des prescriptions édictales, auxquelles il se contenta de donner une nouvelle sphère d'application. Ici, c'est l'interprétation de l'édit sur la minorité qui lui sert d'exemple. Ailleurs, ce sont les dispositions en usage chez les majeurs qui constituent son point de départ.

On peut citer, à ce propos, un rescrit d'Antonin le Pieux, que les auteurs ont diversement interprété (2). Le préteur avait consulté l'empereur pour savoir s'il pouvait venir en aide au plaideur, qui, n'ayant pas entendu au tribunal appeler son nom par le *præco* (3), est condamné comme défaillant. L'*i. i. r.* peut être accordée, répond l'empereur, à condition d'être demandée immédiatement à la fin de l'audience. C'est par conséquent une mesure de faveur, qui n'est pas

(1) Les Institutes de Justinien (II, 19, 6) nous font connaître et les mesures de faveur prises par les empereurs vis-à-vis des majeurs et la réforme de Justinien.

(2) *D.* IV. I. 7. *pr.* (Marcellus *l. 3 dig.*) : *Divus Antoninus Marcio Avito prætori de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescripsit : Et si nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est, confestim autem pro tribunali te sedente adiit; existimari potest, non sua culpa, sed parum exaudita voce præconis defuisse : ideoque restitui potest.* M. Solazzi voit dans ce passage une extension impériale de l'*i. i. r.* et donne l'opinion des auteurs sur ce point (*L'editto de fructu prædiorum*, p. 28 n. 1).

(3) Le *præco* remplissait à Rome les fonctions d'huissier audiencier, v. Daremberg et Saglio, *Dictionnaire d'antiquités grecques et romaines*, v° *præco*.

prise en application de l'édit, car la partie condamnée aurait au moins une année utile pour agir. Et si l'on essaye de préciser la cause de l'*i. i. r.*, on se rend compte en effet qu'elle n'est pas plus l'erreur que l'absence. Il n'y a erreur, ni du plaideur qui n'avait point le choix de défendre à l'action dans les circonstances de l'espèce, ni du juge qui s'est conformé aux règles en vigueur sur le défaut d'une partie *in judicio*. Il n'y a pas absence, puisque le droit a bien été déduit en justice au moment opportun. L'empereur, en réalité, semble guidé par le rapprochement de la situation soumise à son appréciation et de l'injustice causée par l'erreur et l'absence. Il hésite d'autant moins à permettre l'emploi de l'*i. i. r.*, que cette mesure aura pour effet de rescinder un acte de procédure, domaine dans lequel notre institution est le plus libéralement accordée.

C'est probablement l'emploi si courant de l'*i. i. r.* pour modifier les conséquences nuisibles de la procédure, qui entraîne aussi les jurisconsultes à conseiller ce moyen, dans des cas intéressant cette matière, mais où le préjudice ne résulte pourtant pas de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Papinien estime que l'héritier, trompé par une *ignorantia facti*, est en droit de réclamer la restitution des actions éteintes par confusion (1). Cette solution exprime trop visiblement l'opinion personnelle du jurisconsulte pour laisser croire que l'édit visait une telle hypothèse. Les compilateurs, de leur côté, voient peut-être dans la demande de *separatio bonorum* une formalité assez voisine des demandes ordinaires d'action ou d'exception, pour penser qu'Ulpien permettait la rescision de ce bénéfice quand une *justissima ignorantiæ causa* était alléguée (2). Cette extension d'un édit, exclusivement destiné à

(1) *D.* XXXIV. IX. 17 (Papinien *l. 13 resp.*). v. Solazzi, *L'editto de fructu prædiorum*, p. 35 n. 2.).

(2) *D.* XLII. VI. 1. 17 (Ulpien *l. 64 ad ed.*) v. Savigny, *Traité*, VII, p. 204; Windscheid, *Pandekten*[9], I, § 118, n. 7; Karlowa, *R. R. G.* II, p. 1101; Accarias, *Précis*[4], II, n° 941, Baviera (*Studi e documenti*, 1899, p. 50) a montré que cet emploi de l'*i. i. r.* se présentait comme un correctif byzantin d'une règle qui vient d'être établie.

supprimer en cas d'erreur l'effet extinctif de la *litis contestatio*, n'est pas accidentelle; elle coïncide avec les adoucissements qui sont apportés à la rigueur de la procédure et enlèvent à la prescription édictale son utilité. Le souvenir de l'erreur, auquel le préteur semblait s'être attaché, passe au premier plan dans la pensée des contemporains de Justinien.

Ces derniers en arrivent à supposer que ce vice est une cause d'*i. i. r.*, en dehors même de la procédure. On pourrait du moins le présumer en lisant un passage du Digeste (IV. V. 2. 2), où la main des compilateurs a conservé, peut-être introduit, une application d'*i. i. r.* qui correspond à cette tendance. Ce texte, dans l'état où nous le possédons (1), promet le secours du préteur aux créanciers qui, pensant traiter avec un *filius familias* capable de s'obliger, contractent avec un fils *in mancipio*. L'*i. i. r.* n'est pas fondée sur la *capitis deminutio;* mais l'erreur paraît être la cause de la rescision des obligations, c'est-à-dire qu'elle permet l'emploi de notre moyen de protection en dehors de la procédure. Comme autre exemple, on peut citer une constitution des empereurs Léon et Anthémius, qui semble autoriser la rescision de transactions également pour le même motif (2).

Si nous avons ainsi groupé quelques décisions qui peuvent être reliées, d'une façon théorique, à l'édit *de lite restituenda*, c'est qu'elles montrent comment une promesse d'*i. i. r.*, accordée pour détruire les effets d'une *litis contestatio* erronée, a pu s'appliquer ensuite à tous les actes qui ont un rapport avec la procédure, et déborder enfin de ce domaine pour prendre l'apparence d'une promesse générale d'*i. i. r. ob errorem*. Cette évolution aboutit par conséquent aux résultats

---

(1) *D.* IV. V. 2. 2. (Ulpien *l. 12 ad ed.*). M. Beseler *(Beiträge*, III, p. 113) montre, à la suite d'A. Fabre, que ce texte a profondément été remanié. M. Desserteaux ne paraît pas éloigné de le croire *(Formation historique de la c. d.*, II, p. 361 n. 5), mais se demande quelle était la pensée d'Ulpien. S'il est difficile de le savoir, on peut du moins admettre l'interprétation de ce texte telle que la donne M. Desserteaux *(Formation historique de la c. d.*, I, p. 280) en faisant remonter la solution qu'il contient seulement aux compilateurs.

(2) *C. J.* II. IV. 42.

que nous avons constatés dans l'édit sur le *falsus tutor*. Poussé par l'injustice que subirait, en ne pouvant plus faire valoir ses droits, la victime d'un procès auquel a participé un *falsus tutor*, le magistrat ordonne de rescinder le *judicium* entaché d'une semblable erreur. Les compilateurs, perdant de vue la restriction de cette clause aux effets de la *litis contestatio*, semblent accorder l'*i. i. r.* pour toute affaire à laquelle n'est pas étrangère un *falsus tutor*. Ainsi en est-il vraisemblablement pour l'édit *de lite restituenda*, qui paraît être tout d'abord une généralisation de l'édit sur le *falsus tutor* aux autres cas d'erreur dans les procès, et qui plus tard est étendu aux obligations dont le caractère injuste provient d'une erreur.

Il faut convenir cependant que cette préoccupation ne ressort pas des termes relevés dans les textes précédents. Et, si l'on ne quitte pas le terrain solide du sens littéral de ces passages, on doit se borner à constater que les solutions renfermées dans ces divers fragments impliquent un usage de l'*i. i. r.* hors des limites arrêtées par l'édit, et qu'elles sont inspirées par le souci de réparer l'injustice à laquelle entraîne parfois l'application du droit strict. Cette nécessité se manifestait d'ailleurs dans les domaines les plus variés; car il n'est pas impossible de trouver des cas d'*i. i. r.*, où le rattachement à l'une des causes mentionnées dans l'édit est très problématique.

On peut signaler ainsi le sénatus-consulte, rendu sous Hadrien, qui permet d'agir, *rescissa usucapione*, contre les détenteurs des choses héréditaires usucapées par les premiers occupants (1). Il en est de même du secours accordé à l'héritier, qui n'ouvre pas à temps le testament pour éviter les pénalités du S.-C. Silanien, et ne peut faire valoir ses droits ou remplir une condition du testament à l'époque voulue (2).

---

(1) Gaius II. 57. Il est intéressant de noter que cette application de l'*i. i. r.* fut le préambule d'une réforme de Marc-Aurèle, consistant à faire, de l'usurpation des choses héréditaires, un délit public (*D.* XLVII. XIX. 1. Marcien *l. 3 inst.*).

(2) *D.* XXIX. V. 3. 30 et 31 (Ulpien *l. 50 ad ed.*). Ulpien rapporte ici

Ce coup d'œil, rapide et peut-être incomplet, jeté sur des applications d'*i. i. r.* éparses dans les sources, est suffisant pour se convaincre qu'après la codification de l'édit cette procédure, fit de nouvelles poussées. Sous l'impulsion des avis émis par les jurisconsultes, et surtout des rescrits de l'empereur qui avait en fait accaparé la plus grande partie de l'autorité et de l'initiative prétorienne, elle prend pied sur des parcelles de terrain, qui n'entraient point encore dans son domaine. Cet accroissement demeure cependant assez restreint; mais il apporte une précieuse confirmation aux idées qui se dégagent des chapitres précédents.

***

Que nous la prenions à son entrée dans la procédure utilisée par les magistrats romains, que nous la suivions pendant la période si féconde de la grande activité prétorienne, que nous l'examinions au moment où les empereurs paraissent vouloir lui conserver une certaine vitalité, l'*i. i. r.* est toujours un remède de circonstance, s'adaptant exactement aux besoins qu'il prétend satisfaire.

Les premières traces de notre institution offrent à ce point de vue un intérêt primordial. Dans les textes des VI^e^ et VII^e^ siècles de la fondation de Rome, l'emploi de notre moyen de procédure est nettement lié aux pouvoirs étendus que les magistrats provinciaux tirent de leur *imperium*. Les applications d'*i. i. r.* sont autant d'actes d'autorité, à la fois inspirés par l'équité et revêtus d'un caractère politique, c'est-à-dire marqués d'un cachet d'opportunité.

Lorsque le préteur urbain à son tour fait usage du même

---

l'opinion de Scævola : il s'agit de Q. Cervidius Scævola (v. Lénel, *Palingenesia*, II, p. 319, n° 333), qui vécut peu d'années avant lui. Sur ce texte, v. Windscheid, *Pandekten*[9], I, § 118, n. 7; Spaltenstein, *Wiedereinsetzung*, p. 184.

procédé, il ne perd pas de vue ces traits essentiels. En fixant progressivement dans l'édit le vaste champ d'application qu'il lui reconnaît, il entend, non pas consigner les résultats d'un système régulier de procédure, mais avoir la faculté de recourir à cette mesure toutes les fois que la nécessité s'en fait sentir. Il garde, de cette manière, la possibilité de créer, dans le même domaine, d'autres secours généraux qui ne répondent pas au même but. Ainsi s'explique qu'une œuvre essentiellement empirique comme l'édit, contienne des promesses d'*i. i. r.*, d'action et d'exception pour une cause unique. Dès qu'une lacune surgit, le préteur ajoute une clause à celles qu'il a précédemment insérées, sans avoir le dessein de substituer à la mesure primitive un secours plus perfectionné. L'un et l'autre se développent côte à côte, et renforcent la ligne de surveillance qui empêche l'injustice de s'implanter sur un terrain d'où elle doit être bannie.

Mais il convient de noter aussi que, dès le milieu du Principat, la jurisprudence incline ordinairement à refouler une voie de recours que son caractère arbitraire disqualifie par lui seul. D'ailleurs la transformation de l'organisation judiciaire et du droit lui-même, ainsi que le développement des moyens ordinaires de procédure, tout contribue à faire passer ceux-ci au premier plan, en même temps qu'à rapprocher l'*i. i. r.* d'une simple action. Les contemporains de Justinien sont alors amenés à supprimer dans de nombreux textes les allusions à notre voie de recours, soit parce qu'ils les jugeaient inutiles, soit parce qu'ils les confondaient avec les commentaires des actions correspondantes.

Sans faire de cette constatation, comme Savigny, le point de départ d'une généralisation qui l'entraîne à poser en principe l'antériorité de l'*i. i. r.* aux moyens de procédure concurrents, on est fondé, semble-t-il, à voir avec lui dans l'*i. i. r.* une institution d'origine très ancienne qui tend à s'absorber dans les voies de recours ordinaires (1). Avec cette correc-

(1) V. Savigny, *Traité*, VII, p. 119 et Duquesne, *Cicéron Pro Flacco*, p. 20.

tion, l'opinion de Savigny paraît être celle qui donne la plus juste idée de l'évolution de l'*i. i. r.* en droit privé romain.

Vu : Strasbourg, le 28 septembre 1920.

Le Président de la Thèse,

J. DUQUESNE

Vu : Strasbourg, le 29 septembre 1920.

Le Doyen de la Faculté de Droit,
Pour le Doyen, l'Assesseur,

CARRÉ DE MALBERG.

Vu et permis d'imprimer :

Strasbourg, le 30 septembre 1920.

Le Recteur d'Académie, Directeur général de l'Instruction publique et des Beaux-Arts,

CHARLÉTY.

TABLE DES TEXTES CITÉS [1]

Basiliques.

TEXTES	PAGES
Sup. Zach., p. 193 s. 25....	43, 1

Cicéron.

Ad Quint. fr., I. 1. 7. 21.....	40, 1
De of., 3. 14. 60.....	42, 1
In Ver., 2. 26. 63.... 8 - 9, 1 - 9, 2	
» 3. 65. 152.....	39, 3
Pro Flac., 21. 49.....	10, 1
» 31. 78.	41, 4
» 32. 79.	10, 2

Code Justinien.

II. IV. 13.....	37, 1
» 42.....	121, 2
II. XIX. (XX). 3.. 33, 2 - 36, 1 - 36, 2	
» 5.....	36, 2
» 7.....	37, 1
II. LI. (LII) 1.	84, 1
» 2.....	84, 1
II. LIII. (LIV) 1, ...	80, 1
» 3..... 47 - 48, 4	
II. LIV. (LV) 1.... 95 - 105 - 108, 1	
III. XXXVIII. 3.	47, 2
IV. XLIV. 1.....	36, 2
» 5..... 48, 1 - 48, 4	
» 10	48, 4
VII. LXXII. 2.....	36, 2
VIII. XLIII. (XLIV). 3.....	48, 4

Consultatio.

TEXTES	PAGES
II. 6.....	46, 2
» 7.	46, 2

Digeste.

c. Δέδωκεν, 18.	76, 1
II. VIII. 8. 2.	92, 2
» 8. 3.....	92, 2
» 10. 1.....	92, 2
II. X. 3. 1.....	48, 4
III. III. 8. 3.....	114, 1
» 21.....	114, 1
IV. I. 1..... 3, 1 - 75, 1	
» 2..... 3, 1 - 92, 3	
» 6..... 111 - 118, 1	
» 7. *pr*..... 117, 2 - 119, 2	
» 7. 1..... 44 - 59, 1	
» 8..... 80, 4	
IV. II. 1..... 27, 2 - 28, 2	
» 3. *pr*..... 27, 2	
» 3. 1..... 9, 3	
» 5. ..... 27, 2	
» 6. ..... 27, 2	
» 7. 1..... 27, 2 - 36, 2 - 37, 1	
» 8. 3 ..... 27, 2	
» 9. *pr*..... 27, 2 - 39, 4	
» 9. 3. ..... 28, 4 - 30 - 37, 1	
37, 2 - 39, 2	
» 9. 4. ..... 34 - 37, 1 - 39, 2	
» 9. 5..... 34, 2	
» 9. 6..... 35 - 36, 1 - 39, 2	

(1) Pour les références au présent travail, les chiffres des pages et des notes sont séparés par une virgule, les renvois successifs par un trait (-).

TEXTES	PAGES
IV. II. 9. 7.	32, 1 - 34, 2
» 21. 1.	34, 1
» 21. 5.	32, 3
» 21. 6.	32, 3
» 23. 1.	36, 2
» 23. 3.	36, 2
IV. III. 1. 1.	46, 1
» 1. 2.	41, 2
» 1. 6.	41, 3
» 1. 7.	48, 4
» 7. *pr.*	109, 1
» 7. 9.	44, 2 - 114, 1
IV. IV. 1.	29, 2
» 9. 4.	63, 1
» 11. 2.	117, 2
» 13. 1.	3, 3
» 16 *pr.*	2, 2
» 19.	3, 2 - 111, 4
» 24. 5.	2, 2
» 27. 1.	3, 3
» 29. 1.	3, 3
» 45. *pr.*	84, 4
IV. V. 2. *pr.*	61, 2 - 61, 4
» 2. 1.	61, 1
» 2. 2.	121
» 2. 5.	72, 3
» 7. 2.	62
» 7. 3.	63, 1
» 9.	65, 3
IV. VI. 1. 1.	3, 2 - 12, 3 - 76, 3
» 4.	78, 3
» 5. 1.	78, 2
» 6.	78, 2
» 7.	78, 1
» 8.	84, 2
» 9.	78, 5
» 11.	79, 1
» 12.	79, 1
» 13. *pr.*	79, 1
» 14.	79, 2
» 15. *pr.*	79, 2 - 80, 2 - 85, 2
» 15. 1.	79, 2
» 15. 2.	85, 2
» 15. 3.	83, 3
» 22. 2.	81, 1
» 23. 2.	83, 1
» 23. 4.	82, 1
» 26. 1.	19, 5 - 80, 3 - 84, 4
» 26. 2.	82, 1
IV. VI. 26. 3.	82, 2
» 26. 4.	25, 2 - 82, 4
» 26. 7.	76, 2 - 82, 4
» 26. 9.	76, 3 - 80, 2 - 84, 2
» 27.	13, 1 - 85, 1
» 28. *pr.*	80, 3 - 84, 3
» 28. 1.	78, 5 - 84, 4
» 30.	81
» 35 *pr.*	78, 1
» 35. 1.	84, 2
» 35. 2.	84, 2
» 35. 3.	84, 2 - 85, 2
» 35. 4.	84, 2
» 39.	80, 4
» 40. 1.	19, 5 - 84, 4
» 43.	83, 2
IV. VI. 45.	78, 1
IV. VII. 1. *pr.*	94, 4
» 1. 1.	94, 1 - 94, 2
» 2.	94, 1
» 3. *pr.*	94, 1
» 3. 2.	94, 3
» 3. 3.	109
» 3. 4.	95 - 105
» 3. 5.	97 - 108, 3
» 4. *pr.*	94, 3 - 102, 2
» 4. 1.	97 - 101
» 4. 2.	98, 1
» 4. 3.	100, 1 - 101, 1
» 4. 4.	98, 1 - 100, 1
» 4. 5.	106 - 108
» 8. 1.	97
» 8. 2.	98, 1
» 8. 3.	101, 1
» 9.	101, 1
» 10.	101, 1
» 11.	103
» 12.	104
V II. 22. 3.	114, 1
XI. I. 11. 8.	91, 1
» 11. 10.	91, 1
» 18.	90
XII. II. 9. 4.	3, 3
XIV. III. 13. *pr.*	90, 1
XIV. V. 2. *pr.*	66, 1
» 4. 5.	43, 1
XV. I. 19. *pr.*	88, 1
» 30. 4.	89, 1
» 30. 5.	88, 1

TEXTES	PAGES
XV. I. 32. *pr.*	87
» 42.	72, 1
» 47. 3.	88, 1
XV. II. 1. 10.	87, 1
XVII. I. 57.	84, 3
XVIII. II. 14. 3.	92, 2
XXII. I. 38. 4.	56, 2
XXVII. VI. 1. *pr.*	74, 2
» 1. 2.	73, 1
» 1. 6. 73, 1 -	74, 1
» 2.	74, 1
» 3.	74, 2
» 7.	73, 1
» 10.	74, 3
» 11. *pr.*	73, 1
XXIX. II. 85.	32, 3
XXIX. V. 3. 30.	122, 2
» 3. 31.	122, 2
XXXIV. IX. 17.	120, 1
XXXIX. I. 5. 7.	113, 1
» 8. 7.	109, 2
» 23.	109, 2
XXXIX. II. 15. 31.	113, 2
XXXIX. III. 16. 98, 3 -	110, 2
XLII. I. 22. 1.	48, 2
» 33.	44, 1
XLII. V. 8. 1.	58
XLII. VI. 1. 17.	120, 2
XLII. VIII. 1. *pr.*	51, 1
» 6. 11. 51, 4 -	53, 3
» 6. 12.	53, 3
XLII. VIII. 6. 13.	51, 4
» 8. 7.	53, 2
» 9.	53, 3
» 10. 24.	52
» 12. 53, 2 -	53, 3
» 25. 7.	53, 2
XLIII. XIX. 1. 9.	112, 1
XLIV. II. 11. *pr.*	91, 1
XLIV. IV. 4.	41, 3
XLIV. VII. 35.	77, 1
XLVI. I. 27. *pr.*	92, 1
XLVII. XIX. 1.	122, 1
L. XIII. 3.	36, 2
L. XVI. 19.	64, 3
» 48.	78, 4
» 49.	35, 1
» 224.	78, 4
L. XVII. 199.	107, 1

Frag. Vat.

TEXTES	PAGES
341.	114, 1

Fronton.

Ep.	94, 1

Gaius.

I. 132.	65, 2
» 135.	65, 2
II. 57.	122, 1
» 135.	65, 2
» 141.	65, 2
» 162.	65, 2
III. 84. 65. 1 -	67 - 69, 3
IV. 53. 91, 2 -	91, 3
» 57. 89. 1 -	91, 2
» 80. 65, 1 -	67 - 69, 3
» 125. 91, 2 -	91, 3

Inscriptions.

A Callicrate	19
De Cyréties	16

Institutes Justinien.

II. 19. 5.	118, 2
» 19. 6.	119, 1
III. 10. 3.	70, 1
IV. 6. 5.	57
» 6. 6. 51 -	54 - 56
» 6. 33.	91, 3
» 6. 35.	74, 4

Paul.

Sent. I. 7. 2. 3, 1 -	75, 1
» I. 7. 4.	35
» V. 7. 2.	37, 2

Pline.

Ep. VI. 31.	94, 1

Plutarque.

TEXTES	PAGES
Flam. 12.....	17, 2

Polybe.

Hist. 24. 10. 12.	19, 2

Sénatus-Consultes.

D'Asclépiade	11
De Lagina	21

Sénèque.

Ep. 2. 2. (14). 3.	94, 1
» 5. 8. (48). 10.....	91, 2

Suétone.

Claud. 14.	91, 2

Térence.

Phor. 2. 1. 9.	20, 2

Théophile.

TEXTES	PAGES
Par. Inst. IV. 6. 6.	54, 2

Tite-Live.

Ab urb. c. 29. 1. 15.	15, 1
» 29. 1. 16.	16, 1
» 34. 35. 4.	17, 3
» 34. 48. 2.	17, 4
» 34. 49.	17, 5
» 34. 51.	17, 5
» 39. 18. 1.	23, 2
» 39. 48. 2.	19, 1
» 41. 9. 10.	23, 3

Ulpien.

Disput. II. 1.	87, 2

Valérius Probus.

Ab. de l'édit	25 - 50 - 73

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE I

Pages

Notions générales sur l' « in integrum restitutio »..... 1

But et fonctionnement de l'*i. i. r.*, p. 2. — Concours de l'*i. i. r.* avec d'autres moyens de procédure, p. 4. — Controverses doctrinales, p. 5. — Plan et limitation du sujet, p. 6.

CHAPITRE II

Premières applications de l' « in integrum restitutio »..... 8

L'*i. i. r.* dans les œuvres de Cicéron, p. 8. — Le sénatus-consulte d'Asclépiade, p. 11. — Décisions de P. C. Scipion en faveur des Syracusains, p. 15. — Lettre de T. Q. Flaminius à la ville et aux magistrats de Cyréties, p. 16. — Activité de Callicrate à l'égard des Spartiates exilés, p. 19. — Témoignage de Térence, p. 20. — Le sénatus-consulte de Lagina, p. 21. — Utilité de l'*i. i. r.* à Rome à cette époque, p. 22. — Ancienneté des édits de restitution, p. 24.

CHAPITRE III

Les applications de l' « in integrum restitutio » d'après l'édit.. 26

1° La « *metus* », p. 27. — 2° Le dol, p. 41. — 3° La « *fraus creditorum* », p. 49. — 4° La « *capitis deminutio* », p. 60. — 5° Le « *falsus tutor* », p. 72. — 6° L'absence, p. 75. — 7° L'effet extinctif de la « *litis contestatio* », p. 86. — 8° L' « *alienatio judicii mutandi causa* », p. 93.— L'*i. i. r.* et l'antidate, p. 113.

CHAPITRE IV

Les applications de l' « in integrum restitutio » après la codification de l'édit..... 116

Répercussion sur l'*i. i. r.* des modifications survenues dans la situation du préteur, p. 117. — Extensions apportées à l'œuvre du préteur par les empereurs et les jurisconsultes, p. 118.

Conclusion 123

Table des Textes cités 127

Grenoble. — Imprimerie Joseph Baratier.